

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Responsabilité du banquier et automatisation des instruments de paiement. Le paiement par carte, une nouvelle done ?

Thunis, Xavier

Published in:
Le droit de l'informatique

Publication date:
1993

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):
Thunis, X 1993, Responsabilité du banquier et automatisation des instruments de paiement. Le paiement par carte, une nouvelle done ? Dans *Le droit de l'informatique*. Editions du Jeune Barreau de Bruxelles, Bruxelles, p. 321-406.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

RESPONSABILITE DU BANQUIER ET AUTOMATISATION DES INSTRUMENTS DE PAIEMENT

Le paiement par carte, une nouvelle donne ?

par

X. THUNIS

*“Je conseille une monnaie de plomb
et une existence rustique”
(ALAIN, *Propos*)*

CHAPITRE I

LES PAIEMENTS BANCAIRES A L'EPREUVE DES TECHNIQUES AUTOMATISEES

SECTION 1

EN (TRES) BREF : L'EVOLUTION RECENTE DES INSTRUMENTS DE PAIEMENT

1. L'argent n'a pas d'odeur, dit-on. Aujourd'hui moins que jamais. Il serait même en voie de se soustraire au monde des apparences pour devenir invisible. Polymorphe, il se loge dans une carte magnétique, se réfugie dans un circuit intégré; évanescent, il se dissipe dans un flux d'électrons.

En appelant à la "politique de l'esprit - notre souverain bien", Valéry notait en 1932: "...par les travaux que suscite l'esprit, par les modifications qu'il imprime aux choses qui l'entourent (qu'il s'agisse de la nature matérielle ou des êtres vivants), il tend à communiquer à ces êtres, à cette nature, précisément les mêmes caractères qu'il reconnaît en lui (...). La pensée semble donc s'être ingéniée à trouver le moyen de mouvoir les choses aussi promptement qu'elle-même. C'est bien là une influence des propriétés ou des caractères fonctionnels de l'esprit sur l'orientation des inventions" (1).

A plus d'un demi-siècle de distance, ce constat trouve un écho surprenant dans le secteur financier, vivifié et ébranlé à la fois par l'introduction de nouvelles techniques de traitement et de transfert de l'information qui impriment aux transactions une vitesse de circulation inconnue jusque-là.

De façon sans doute réductrice mais suggestive, ne peut-on voir dans l'histoire récente des instruments (2) de paiement, depuis le chèque jusqu'aux cartes et autres techniques électroniques de transfert de fonds, une tentative pour raccourcir le délai entre l'émission de l'ordre et son exécution par le système bancaire et conférer ainsi au paiement par voie scripturale une instantanéité et une sécurité comparables à celles d'un paiement en espèces.

Il faut le souligner, l'informatique et les télécommunications n'auraient pu exercer leur puissance d'impact si le terrain n'avait déjà été en quelque sorte "préparé" par ce qui est devenu l'instrument privilégié des règlements: le compte. Attardons-nous un peu sur cette réalité tellement quotidienne (3) que l'originalité n'en est peut être plus suffisamment perçue.

(1) *Essais quasi politiques*, La Pléiade, Oeuvres, t. Ier, p. 1028.

(2) Sur la distinction entre instrument de paiement et moyen de paiement, ci-après, n° 2.

(3) On parle de "bancairisation" des agents économiques, Ch. GOLDFINGER, *La Géofinance. Pour comprendre les mutations financières*, Paris, Seuil, 1986, p. 246.

2. Le règlement par voie d'inscription en compte marque une rupture fondamentale avec les modes de règlement en espèces (métal, billets) qui le précèdent (4).

Très différente d'une remise matérielle d'unités de paiement, une tradition symbolique s'opère, par un simple jeu d'écritures portées aux comptes respectifs du débiteur et du créancier. Ce jeu d'écritures s'effectue suite aux *ordres* que selon des modalités diverses, le titulaire du compte donne à son banquier pour qu'il transfère au bénéficiaire tout ou partie de son crédit en compte, le plus souvent pour régler ses dettes, exécuter ses obligations, bref payer au sens juridique du terme.

Dans ce schéma, le paiement perd son caractère instantané (il ne s'effectue plus à un moment donné du temps) et direct (il s'effectue par le truchement d'un ou de plusieurs intermédiaires). Il devient un *processus* dont le déroulement requiert l'interposition d'institutions étrangères à l'opération de base.

De façon plus précise, un double phénomène doit être souligné.

1° Le fonctionnement même du compte requiert la collaboration de deux parties au rôle bien distinct: le titulaire du compte donneur d'ordre et le teneur du compte, le banquier qui assure le service de caisse (paiements et encaissements) du premier.

Les banquiers, faudrait-il écrire, car ceux-ci, à mesure que se généralisent les règlements en compte, nouent des relations bilatérales, se regroupent en réseaux, en centres d'échange et de compensation où s'organisent la transmission des messages et des instruments de paiement ainsi que le règlement des dettes et des créances respectives *via* un agent

(4) Pour plus de détails, M. VASSEUR, *Droit et économie bancaires. Les opérations de banque*, Fasc. IV. Les cours de Droit, Paris, 1988-1989, p. 1451; la rupture est fortement soulignée par R. SAVATIER dans son remarquable ouvrage *Le droit comptable au service de l'homme*, Dalloz, 1969, p. 375: "la banque est l'agent juridique par l'intervention duquel la monnaie concrète devient monnaie scripturale grâce précisément à la tenue de ses comptes".

centralisateur, une banque centrale le plus souvent (5). Ces réseaux sont en quelque sorte "les invisibles des paiements bancaires".

2° Avec le règlement en compte auquel est indissolublement liée la monnaie scripturale apparaît une dissociation entre les *instruments* de paiement tels que le chèque, le virement qui déclenchent le transfert des avoirs inscrits en compte et la monnaie scripturale elle-même constituée des soldes disponibles des comptes en banque. Seule cette dernière constitue le moyen de paiement (6).

3. Ce rapide panorama (7) ne rend évidemment pas compte de toutes les subtilités de l'évolution récente des paiements bancaires; il met cependant en évidence que le règlement par voie d'inscription en compte requiert, entre la banque et son client, entre les banques elles-mêmes, la création et la transmission d'une catégorie particulière de message, l'ordre de transfert. C'est à cet ordre de transfert que s'appliquent les "nouvelles technologies de l'information" (N.T.I.), informatique, télécommunications, télématique. Celles-ci n'ont donc pas provoqué l'avènement d'une nouvelle forme de monnaie, la monnaie électronique

mais permis une circulation plus efficace, par voie électronique, d'une monnaie bien connue, la monnaie scripturale (8).

Même si ce n'est pas le seul, le facteur coût a bien évidemment favorisé l'introduction et la diffusion des techniques automatisées. Devant les risques d'engorgement que faisaient courir au système bancaire le traitement et le transport des ordres écrits (9), les banques ont dû concilier une gestion plus rationnelle des instruments de paiement et une amélioration (diversification et vitesse accrue d'exécution) du service de caisse rendu à la clientèle.

L'automatisation, phénomène global, d'abord affecte les relations interbancaires dans les années 70 (cf. les réseaux SWIFT (10) et CHIPS (11) et en Belgique, le CEC (12)) avant de s'étendre à la relation banque-client. C'est aussi un phénomène polymorphe: elle emprunte des formes diverses, plus ou moins dématérialisées selon la technique employée, carte, bande magnétique, télétransmission d'ordres par terminal (13). Cette diversité technique rend difficile l'analyse juridique, des problèmes de responsabilité notamment, eux-mêmes

(5) Sur le mécanisme de fonctionnement des chambres de compensation, ainsi que sur les aspects juridiques, v. E. HUET, *La chambre de compensation des banquiers de Paris*, thèse, Paris 2, 1977, p. 9 et s.; Ph. WOOD, *English and International Set-Off*, London, Sweet & Maxwell, 1989, part. p. 185 et s., p. 517 et s. En ce qui concerne plus spécifiquement les réseaux d'échange et de compensation automatisés, E. de LHONEUX, "Les chambres de compensation automatisées. Aspects juridiques au regard du droit belge de l'informatisation des échanges et compensations interbancaires" in *Electronic Banking*, B. AMORY (éd.), Bruxelles, Story-Scientia, 1989, p. 60 et s.; v. aussi l'ouvrage très documenté de B. GEVA, *The Law of Electronic Funds Transfers*, Matthew Bender, 1992.

(6) Sur l'importance de cette distinction, v. à propos du chèque, J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, t. III, 2ème éd., Bruxelles, Bruylant, p. 391; v. aussi l'étude de E. FROMENT, "L'innovation dans les paiements. Analyse et limites", *Banque* (Fr.), 1987, p. 342 et s.

(7) Pour deux courtes mais bonnes synthèses, v. "Billets de banque: la fin d'un moyen de paiement?", *Bull. hebdomadaire de la KB*, 24 mai 1991; A. HILLARD, "Dix ans d'évolution des moyens de paiement", *Problèmes économiques*, (21 nov. 1990).

(8) M. VASSEUR, "Le paiement électronique. Aspects juridiques", *J.C.P.*, 1985, I, 3206, n° 7 parle de "monnaie scripturale gérée électroniquement"; P. ANCEL, "La monnaie électronique: régime juridique", in *Droit et monnaie*, Litec, 1988, p. 305; dans le même sens, M. CABRILLAC, "Monétique et droit du paiement", in *Mélanges de Juglart*, L.G.D.J., Montchrestien, Litec, 1986, p. 86 écrit: "Une telle conception [suivant laquelle une monnaie électronique autonome serait née, NDLA] repose sur un amalgame entre la cargaison et le véhicule, entre la monnaie elle-même et ses modes de transfert". Une monnaie électronique véritable, c'est-à-dire autonome par rapport à la monnaie scripturale, serait, semble-t-il, théoriquement possible. V. E. ALFANDARI, "Le droit et la monnaie: de l'instrument à la politique", in *Droit et monnaie*, p. 142 et s.

(9) Le succès du chèque notamment, émis pour des montants de plus en plus faibles, a entraîné des coûts de transport et de stockage considérables. V. Ch. GOLDFINGER, *op. cit.*, p. 259. Sur la conservation des chèques, v. les chiffres cités par J. M. DUPEYROUX, "Electronic Banking: l'évolution dans les dix prochaines années" in *Electronic Banking*, p. 3.

(10) Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunication. Pour plus de détails, B. GEVA, *op. cit.*, 4-35 et s.

(11) Clearing House Interbank Payments System. Pour plus de détails, B. GEVA, *op. cit.*, 3-23 et s.

(12) Centre d'échange d'opérations à compenser du système financier belge.

(13) Dans ce dernier cas, certains auteurs parlent de "pure electronic funds transfers" (R. M. GOODE, *Electronic Banking. The Legal Implications*, Centre for Commercial Law Studies, London, 1985, p. vi).

étroitement liés à des questions de preuve résultant de la dématérialisation des opérations, c'est-à-dire d'une *disparition* totale ou partielle d'un écrit signé lors de l'émission ou de la transmission d'ordres de paiement.

4. Pour tenter d'y voir clair autant que pour délimiter la portée de l'exposé, on peut classer les innovations techniques affectant les systèmes de paiement selon la phase de la vie de l'ordre soumise à automatisation.

On peut alors distinguer :

1° *Les innovations qui concernent la naissance de l'ordre et son transport vers le système bancaire.* Sont visés notamment les nouveaux instruments de paiement (cartes magnétiques, cartes à puces...) en ce compris les procédures nouvelles qui en permettent l'utilisation (code secret, reconnaissance dynamique de signature). Le transport des messages vers le système bancaire est assuré par les liaisons offertes notamment par les services de télécommunication selon différentes modalités (réseau télex...).

2° *Les innovations qui concernent le transport et l'exécution de l'ordre par le système bancaire.* Sont visés notamment l'utilisation et l'échange entre les banques de supports magnétiques reprenant les ordres traités par un centre informatisé d'échange ou de compensation, et de façon générale le transfert électronique de données par télécommunications entre institutions financières. Le terme de l'évolution paraît être le système interbancaire de télécommunication traitant des ordres de paiement en continu et procédant au règlement quasi immédiat entre les institutions concernées.

3° *Les innovations qui concernent l'information relative à l'exécution des ordres.* A l'extrait de compte classique, certaines banques ont substitué le relevé de compte délivré par un terminal "grand-public", à intervalles rapprochés ou encore - application destinée surtout aux entreprises - une information permanente et actualisée sur l'état du compte transmise de la banque au système informatique du client.

Seules nous intéressent ici les innovations relevant de la première catégorie.

5. Une autre classification possible, qui se combine d'ailleurs à la première distingue, selon le caractère plus ou moins accentué de la dématérialisation :

1° *L'automatisation du traitement d'instruments existants :* celle-ci aboutit à des applications nouvelles dans les relations interbancaires, débit électronique (non échange de chèques) et crédit électronique (traitement électronique des ordres de virement). Le non-échange d'instruments de paiement est notamment pratiqué en Belgique dans le cadre du CEC (14).

2° *La création d'instruments nouveaux* tels que la carte magnétique qui, dès le déclenchement de l'opération de paiement par le donneur d'ordre, aboutissent à une suppression de l'écrit signé traditionnel. C'est sur ce second type d'instrument que porte l'exposé, ainsi qu'on le précise maintenant.

SECTION 2

OBJET, METHODE ET STRUCTURE DE L'EXPOSE

6. Phénomène polymorphe, l'automatisation des instruments de paiements réactive des problèmes juridiques classiques (p. ex. : le moment du paiement), suscite aussi des problèmes neufs (p. ex. la preuve) d'une ampleur et d'une diversité telles que des choix s'imposent (15).

Afin de rester dans des limites raisonnables et de permettre un approfondissement sur le plan juridique, l'exposé aborde uniquement les problèmes de responsabilité civile posés par l'émission d'ordres faux ou

(14) Sur le CEC que nous n'approfondirons pas dans cette étude ABB, *Le CEC-continu. Principes de fonctionnement*, dossier 1 juillet 1985. Sur l'évolution du CEC, le lecteur intéressé peut se référer aux rapports annuels. Sur les problèmes juridiques soulevés notamment par la procédure de non-échange de chèques, E. de LHONEUX, étude citée; E. WYMEERSCH, "Règles professionnelles et règles standardisées dans les opérations financières" in *Le droit des normes professionnelles et techniques*, C.D.V.A., Bruxelles, Bruylant, 1985, p. 52 et s.

(15) Pour une synthèse des différents problèmes juridiques posés (droit pénal, droit de la concurrence, protection des libertés...), X. THUNIS et M. SCHAUS, *Aspects juridiques du paiement par carte*, Cahiers du CRID, n° 1, Story-Scientia, 1988.

falsifiés à l'aide d'une carte électronique de paiement bancaire. On sait que cette carte permet à son titulaire de transférer des fonds à l'intermédiaire d'un compte lié sans recourir à un autre instrument de paiement (tel que chèque, autorisation de prélèvement) (16).

Même si d'autres formes électroniques de déclenchement des ordres existent, le paiement par carte est maintenant bien "encadré" sur le plan juridique par des dispositions contractuelles et législatives et il a donné lieu à des décisions jurisprudentielles suffisamment nombreuses et significatives pour qu'une synthèse s'impose.

7. En ce qui concerne la METHODE retenue, c'est de propos délibéré qu'on s'abstient de couvrir les techniques automatisées de paiement sur le "lit de Procuste" des qualifications traditionnelles, mandat et délégation notamment (17). Les tentatives de qualification sont certes intéressantes. La qualification de "virement électronique" par exemple met bien en évidence que les paiements automatisés (ou transferts électroniques de fonds) sont une modalité nouvelle d'exécution par le banquier d'une opération traditionnelle, le transfert de compte à compte.

(16) Les fonds sont donc inscrits dans un compte tenu par l'émetteur de la carte, carte dont l'utilisation par le titulaire met directement en oeuvre le processus de paiement (D. MARTIN, "La carte de paiement et la loi (ou la puce maltraitée)", *D. S.*, 1992, chron., p. 278). Comp. les définitions semblables données par C. LUCAS de LEYSSAC, "Les cartes de paiement et le droit civil" in *Les cartes de paiement*, Economica, 1980, p. 56, n° 3 et J.-P. BUYLE, "La carte de paiement électronique", in *La Banque dans la vie quotidienne*, Ed. du Jeune Barreau de Bruxelles, 1986, p. 453 et s. Qu'on mette ainsi l'accent sur la fonction de paiement de la carte en faveur des tiers n'exclut pas qu'elle puisse rendre d'autres types de services étant donné le caractère multifonctionnel des cartes. (V. aussi X. FAVRE-BULLE, *Le droit communautaire du paiement électronique*, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1992, p. 8). Pour une classification des différents types de cartes (en fonction du support, de l'émetteur, de la "dose" de crédit ou de la garantie qui s'y attache...) X. THUNIS et M. SCHAUS, *op. cit.*, p. 7 et s.).

(17) V. not. C. LUCAS de LEYSSAC, étude précitée, J.P. BUYLE, *op. cit.*, p. 462 et s. (retenant la délégation), M. VASSEUR, *op. cit.*, n° 11 (l'ordre de virement donné par voie électronique est un mandat) et surtout l'analyse approfondie de M. BILLIAU, *La délégation de créance*, Paris, L.G.D.J., 1989, p. 398 et s.

Cette tentative n'est pas suffisante car la nature juridique du virement lui-même qu'il soit traditionnel ou électronique est discutée (18), ce qui implique le recours à des qualifications plus fondamentales.

Outre les risques inhérents à l'opération de qualification elle-même, risque de "détournement de qualification" consistant à opérer un choix en fonction du régime juridique (de responsabilité notamment) souhaité (19), l'application d'une qualification aux paiements automatisés paraît malaisée. La nature juridique du paiement lui-même reste discutée (20); à supposer même que l'analyse se focalise sur un instrument déterminé, tel que la carte, encore devrait-elle rendre compte des dispositions contractuelles qui en organisent l'utilisation, des garanties prévues en faveur de l'une ou l'autre partie à la transaction, (le bénéficiaire de l'ordre notamment), de la qualité de l'émetteur, teneur du compte du titulaire de la carte ou non.

Enfin, le banquier est inséré dans un réseau de relations interbancaires (banques correspondantes, centres d'échange et de compensation...), le tout dans un cadre national et international: cet échec complexe est gouverné par des règles spécifiques qui progressivement, donnent à la responsabilité des banquiers des contours propres que l'on ne peut à notre avis déduire des figures de droit civil classiques.

8. Dans le domaine du paiement électronique par carte, la solution de certaines questions juridiques majeures, preuve et responsabilité notamment, dépend beaucoup plus du contenu des dispositions

(18) V. à ce sujet A. BRUYNEEL, "Le virement", in *La banque dans la vie quotidienne*, Ed. du Jeune Barreau de Bruxelles, 1986, p. 384 et s.; P. WERY, "La nature juridique du virement bancaire de fonds", *J.T.*, 1988, p. 385-390.

(19) F. TERRE, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, Paris, L.G.D.J., 1957, p. 12 parle de façon évocatrice, "d'un réflexe du régime sur la qualification".

(20) On fait ici abstraction du retrait de fonds qui, entre le banquier et le titulaire, est aussi un paiement puisque le premier apure ainsi vis-à-vis du second la dette issue du dépôt. En droit français, v. N. CATALA, *La nature juridique du paiement*, Paris, L.G.D.J., 1961; en droit anglais, v. F. A. MANN, *Legal Aspect of Money*, 5ème éd., Oxford, 1992, p. 74 et s. et les références au droit allemand, note 48.

contractuelles et légales récentes, ainsi que de l'appréciation jurisprudentielle de la sécurité des systèmes automatisés.

Notre approche fait d'ailleurs une large place à la jurisprudence naissante. C'est elle qui, dans le respect des dispositions légales et contractuelles sans cesse réévaluées au feu des situations particulières, construit la responsabilité du banquier en tant que fournisseur de services automatisés de paiement, et détermine la rigueur des contrôles à opérer pour prévenir les fraudes ou en limiter les effets.

9. La structure de l'exposé est la suivante: après avoir décrit de façon générale, les différentes approches et règles juridiques applicables aux paiements automatisés (ou - expression synonyme - aux transferts électroniques de fonds) (**chapitre II**), on tente de synthétiser les liens complexes existant entre la responsabilité du banquier émetteur de cartes, l'administration de la preuve en cas d'incident de paiement et la sécurité attendue ou exigée des systèmes automatisés (**chapitre III**). Ensuite sont isolés et analysés les facteurs déterminant la responsabilité du banquier (**chapitre IV**). En guise de conclusions sont formulées quelques réflexions sur l'évolution du fondement de la responsabilité du banquier.

CHAPITRE II

APPROCHES JURIDIQUES DES PAIEMENTS AUTOMATISES

SECTION I

GENERALITES

10. Avant d'exposer les différentes approches juridiques possibles des paiements automatisés, il paraît utile de tirer parti des distinctions proposées plus haut (v. *supra*, n° 4 et 5) et de souligner combien les questions juridiques soulevées diffèrent selon qu'il s'agit d'une automatisation partielle (l'instrument de déclenchement reste un écrit signé, chèque ou ordre de virement) ou d'une automatisation complète.

Dans le non-échange de chèques (check truncation) (21), par exemple l'automatisation, partielle, laisse subsister le titre écrit et signé par le client à l'émission de l'ordre (22) mais supprime la transmission physique du titre entre banquier tiré et remettant pour autant que celui-ci ne dépasse pas un certain montant. Seules les données essentielles nécessaires au recouvrement des chèques (montant, numéro de compte du tireur, numéro du chèque...) sont transmises au banquier tiré de façon automatisée. Le problème principal sur le plan juridique va être de concilier, pour autant que cela soit possible, les règles légales assez strictes gouvernant l'émission et la circulation des chèques avec les

(21) Pour une description du système, cf. l'explication très claire donnée dans *Services bancaires et informatiques*, ABB 1983, p. 23 et s. et surtout p. 49 et s.; R. DEPLANCHE, "Elektronisch debet en cheque inhouding", *Rev. Banque*, 1981/4, p. 473 et s.; H. J. Barbe, *Cheque truncation in Belgium*, juin 1987, doc. BNB; E. de LHONEUX, *op. cit.*, 1989, p. 74 et s.; pour les Etats-Unis, voir notamment G. White, "Legal Guidelines for Check Truncation", *Computer Law Journal*, vol. II, n° 1 1980, p. 115 et s.; pour le Royaume-Uni, A. ARORA, *Electronic Banking and the Law*, IBC Financial Books, 1988, p. 25 et s.; pour la France, Th. PIETTE-COUDOL, "Les aspects juridiques de l'image-chèque", *Banquette* mai 1991, p. 270 et s.; E. CHAIBAINOU, "De quelques aspects juridiques du non-échange physique des chèques", *Informatique juridique et droit de l'informatique*, 1990, n° 3, p. 21 et s.

(22) De façon significative le non-échange de titres entre les banques a été appelé "mouvement semi-électronique de fonds" (D. SYX, *Aspects juridiques du mouvement électronique de fonds*, KB avril 1982, p. 13).

nouvelles procédures d'échange et de contrôle instaurées au niveau interbancaire (23). Comme le chèque (inférieur à un montant plafond) ne circule plus entre la banque présentatrice auprès de laquelle il a été encaissé et la banque tirée, le contrôle de conformité de la signature ne peut plus s'opérer. La banque présentatrice détient le chèque mais ne possède pas le spécimen de signature, la banque tirée possède le spécimen de signature mais ne possède pas le chèque (24)! Le contrôle de la signature étant une obligation essentielle du banquier, l'absence de vérification du titre se fait aux risques du banquier tiré, risques qu'il choisit d'assumer sur base d'une analyse coût-bénéfice (25) d'ailleurs adoptée par l'ensemble de la communauté bancaire. Ce problème que nous n'approfondirons pas se pose aussi, de façon plus complexe encore, dans le traitement électronique d'ordres de virement, l'automatisation faisant disparaître, pour des ordres de plus faible importance, certains filtres, comme le contrôle de concordance entre le numéro de compte du bénéficiaire et les données d'identification personnelle (26). Il faut en quelque sorte concilier le neuf et l'ancien, ce qui est lié au caractère hybride du phénomène à mi-chemin entre le transfert traditionnel et le transfert totalement automatisé.

Quand l'opération est déclenchée de façon automatisée, par carte ou autrement, le progrès s'impose d'emblée dans la relation entre le

(23) Sur ces règles et sur la répartition des tâches entre banquiers, v. dossier IV du CEC continu ainsi que le règlement de la chambre de compensation.

(24) Comme le fait remarquer M. WYMEERSCH, *op. cit.*, 1985, p. 59, la banque tirée, à partir du message électronique qu'elle reçoit, ne peut pas connaître non plus la date d'émission du chèque (alors que celui-ci doit être présenté dans les huit jours), le type de chèque en cause, nominatif ou au porteur, la capacité de la banque présentatrice, mandataire ou propriétaire.

(25) En ce sens, E. WYMEERSCH, *op. cit.*, p. 60.

(26) V. p. ex. civ. Mons, 2 décembre 1987, D.C.C.R. 1989/5, p. 52 et s., note M.-F. ANTOINE. L'Etat belge donneur d'ordre reprochait à la SNCI de n'avoir pas vérifié la concordance entre l'identité du titulaire du compte et le bénéficiaire mentionné sur le bulletin de virement. La SNCI répondait que toutes les vérifications requises entre les organismes bancaires et applicables aux virements inférieurs à 100.000 FB avaient été respectées. En l'espèce, la SNCI conformément aux "règles CEC" s'était fiée au numéro de compte du bénéficiaire (d'ailleurs corrigé par l'Etat belge pour le rendre plausible) sans vérifier la concordance avec le nom de celui-ci, ce qui aurait permis de découvrir l'anomalie. Le tribunal de Mons dégage la SNCI de toute responsabilité sur base d'une analyse classique du virement par le mandat, sans se prononcer sur l'application des règles CEC à un tiers au système, i.e. l'Etat belge.

banquier et sa clientèle, progrès dont les conséquences juridiques (charge de la preuve, éléments de preuve admissibles...) sont soigneusement prévues dans les conventions passées avec les utilisateurs titulaires de moyens d'accès, qu'il s'agisse de guichets automatiques de banque (G.A.B.), de terminaux point de vente (T.P.V.) ou de banque à domicile.

Dans quelle mesure l'interposition d'une infrastructure technique complexe (cartes, terminaux...) entre la banque et son client va-t-elle modifier l'équilibre de la relation, supprimer certaines obligations traditionnelles du banquier en tant qu'"agent payeur" telles que le contrôle du titre ou de la signature manuscrite, en faire émerger d'autres, telle que l'obligation de sécurité liée à sa qualité de fournisseur de services automatisés.

11. Que les paiements automatisés (ou transferts électroniques de fonds) constituent un phénomène récent ne signifie pas nécessairement qu'ils se développent en dehors de toute règle de droit, comme tend à le faire croire l'expression, à notre avis malheureuse, de vide juridique. Même si on peut en discuter le contenu, il y a des règles d'origines différentes, d'une force obligatoire parfois difficile à apprécier qui gouvernent les relations entre les banques et leur clientèle d'une part, les relations interbancaires d'autre part. De façon plus précise, coexistent trois types de sources qui correspondent à trois approches possibles du phénomène: l'approche contractuelle, l'approche associative, l'approche législative ou paralégislative (27).

SECTION 2

L'APPROCHE CONTRACTUELLE

12. Complétant parfois même remplaçant le règlement général des opérations bancaires, toute une série de contrats conclus entre les banques et leur clientèle règlent les questions juridiques soulevées par l'emploi de techniques automatisées. Des contrats spécifiques sont passés avec les

(27) Sur le sens de cette expression v. *infra*, n° 15 et s.

consommateurs titulaires de cartes pour l'utilisation de guichets automatiques de banque (G.A.B.) ou de terminaux point de vente (T.P.V.). Ces derniers permettent de régler par voie électronique l'acquisition d'un bien ou la fourniture d'un service. Dans ce cas, outre la convention de base conclue entre le client et le commerçant, existe une convention supplémentaire entre la banque (ou le groupement la représentant) et le commerçant. Cette convention précise les obligations respectives (installation, entretien du terminal, garantie de paiement bénéficiant au commerçant...) et prévoit l'acceptation par le commerçant des paiements par carte.

D'autres contrats portent sur l'utilisation par les entreprises de bandes magnétiques pour la transmission des ordres. Quant aux contrats dits de "banque à domicile", ils s'adressent aux entreprises et aux particuliers qui souhaitent émettre des ordres de transfert à partir de terminaux installés sur leur site.

13. Au-delà de leur diversité, les contrats conclus entre les banques et les titulaires de moyens d'accès (carte, code,...) présentent un contenu similaire. Ils déterminent notamment :

- les conditions d'accès au service;
- les obligations du titulaire (vigilance et confidentialité dans la garde des moyens d'accès);
- les responsabilités des parties en cas de perte ou de vol;
- la preuve des opérations (la signature manuscrite disparaissant, il faut déterminer la charge de la preuve, les éléments de preuve admissibles la force probante qui s'y attache) (28).

(28) Pour une présentation des contrats en France, contrat porteur (entre le titulaire des moyens d'accès et l'émetteur) et contrat commerçant (entre la banque ou le groupement la représentant et le commerçant), Comité consultatif, *Nouveaux travaux sur les cartes de paiement* octobre 1990. Le contrat porteur de cartes bancaires (version n° 5 octobre 1990), approuvé par le comité exécutif du groupement des cartes bancaires tient compte de la recommandation européenne du 17 novembre 1988 dont l'impact sur la relation entre le banquier et le titulaire des moyens d'accès est très sensible (pour plus de détails v. *infra*, n° 16 et s.). Un nouveau "contrat commerçant" vient par ailleurs d'être approuvé en France par le Groupement des cartes bancaires (v. J.P. CAMELOT, "Un nouveau contrat pour les accepteurs de cartes bancaires 'CB'", *Banque*, n° 534 janvier 1993, p. 52 et s.). (suite...)

SECTION 3

L'APPROCHE ASSOCIATIVE

14. La diffusion des modes électroniques de traitement et de transmission des ordres, provoque ou accentue l'apparition de structures associatives regroupant les institutions financières qu'elles prennent la forme d'une "association de fait", d'un groupement d'intérêt économique ou d'une société.

On voit ainsi émerger des groupements assurant le transport des messages sur un plan national, comme Banksys et le CEC en Belgique, ou sur un plan international, SWIFT.

Ces groupements, parfois contrôlés étroitement par les autorités publiques, secrètent leurs propres règles, déterminent les procédures à observer par leurs membres et les responsabilités de ceux-ci en cas d'incidents de paiement. Ceci est particulièrement frappant dans le cas de SWIFT qui, de façon très précise, délimite, dans ses statuts ses "User Handbooks" et autres "Policy volumes", les obligations des institutions financières émettrices et destinataires d'ordres de paiement, ainsi, d'ailleurs, que les siennes propres.

De telles règles ont bien évidemment force obligatoire à l'égard de ceux qui les souscrivent, par application du principe de la convention loi. On peut toutefois se demander si cette explication de nature purement contractuelle est bien satisfaisante, étant donné que l'autorité qui s'attache à ces règles tend à les ériger en normes de comportement en dehors même du cercle restreint de ceux qui y ont souscrit (29).

(28) (...suite)

En qui concerne la banque à domicile, B. AMORY et Y. POULLET, "Les relations contractuelles banques-entreprises entourant la mise à disposition de services télématiques bancaires" in *Electronic Banking*, p. 34 et s.; Comité consultatif *Aspects juridiques de la banque à domicile et du télépaiement*, Direction des Journaux officiels, novembre 1991.

(29) V. à ce sujet l'étude de WYMEERSCH précitée ainsi que H. BRAECKMANS, "Paralegale normen en lex mercatoria", *T.P.R.*, 1986, p. 13 et s., p. 22 et s.

SECTION 4

L'APPROCHE LEGISLATIVE DANS TOUS SES ETATS: DU CODE DE BONNE CONDUITE A LA REGLEMENTATION ETATIQUE

15. Même si les paiements automatisés sont un phénomène relativement neuf, ils ont déjà suscité pas mal d'initiatives "législatives". Ce concept est pris ici dans un sens très large (30).

Le caractère international et très technique de la matière semble assigner au droit étatique certaines limites. Même si celui-ci n'est pas complètement absent du débat (des lois existent aux Etats-Unis, au Danemark ou en France), on assiste très souvent dans le domaine des nouvelles "technologies" (31) de l'information à l'émergence de pratiques régulatrices (contrats standardisés, codes, recommandations) dont une expression anglaise difficilement traduisible "soft law" évoque la souplesse d'adaptation.

Ce phénomène a toujours existé et n'a rien en soi de surprenant.

Il est plus significatif de relever que les autorités publiques elles-mêmes, nationales ou européennes, non contentes d'associer les acteurs concernés ou certains d'entre eux à la reconnaissance et à la mise en oeuvre de normes de bon comportement, adoptent parfois la technique des codes de bonne conduite ou de la recommandation; on voit ainsi naître des formes "douces" ou "mitigées" de l'intervention publique.

(30) Au sujet des nouvelles formes d'interventions législatives (non statutory regulation), voir les développements contenus dans l'étude précitée de BRAECKMANS et dans *Banking Services: Law and Practice, Report by the Review Committee*, February 1989, p. 25 et s. Ce rapport, qui est l'oeuvre d'un comité nommé par le gouvernement anglais, a travaillé sous la direction du Professeur JACK (d'où son appellation "Jack Report") et a abouti à un certain nombre de recommandations tenant compte des développements techniques récents dans le secteur bancaire.

(31) Mieux vaudrait parler de techniques mais on se conforme à l'usage dominant.

Le panorama qui suit reprend les principales initiatives (32) visant à réglementer, de façon plus ou moins contraignante, les ordres émis ou transmis par voie électronique.

Signalons d'emblée que certains des textes évoqués, par souci de cohérence ou d'efficacité, ne visent pas exclusivement les paiements électroniques (33). D'autres encore ne les visent pas explicitement mais sont exprimés en termes suffisamment généraux pour les inclure dans leur champ d'application (34).

A. Les initiatives des Communautés européennes (35)

16. Les initiatives communautaires traduisent plusieurs préoccupations qui, si elles ne sont pas contradictoires, ne sont pas toujours faciles à concilier.

Comme elle entend inscrire le développement des nouveaux instruments de paiement dans la perspective de l'intégration financière et monétaire de la Communauté, la Commission a manifesté son souci de promouvoir l'interopérabilité des cartes et de façon plus générale la compatibilité des différents systèmes de paiement en Europe.

En d'autres termes, ce sont l'efficacité et l'universalité des systèmes de paiement qui sont visées (cf. "Tout atout pour l'Europe: les

(32) Le lecteur intéressé par plus d'informations notamment en ce qui concerne l'Australie et le Japon peut consulter le "Jack Report", p. 19 et s.; S. GUTWIRTH et T. JORIS, "Electronic Funds Transfer and the Consumer: the "Soft Law" Approach in the European Community and Australia", *J.C.L.Q.*, 1991, p. 265 et s.

(33) Tel est le cas par exemple de la recommandation de la Commission des Communautés européennes du 17 novembre 1988 (commentée *infra*, n° 16 et s.).

(34) Tel est le cas par exemple de la loi-type de la C.N.U.D.C.I. (commentée *infra*, n° 21)

(35) On trouvera une synthèse des initiatives de la Commission dans Conseil National du Crédit (France) *Aspects européens et internationaux des cartes de paiement*, mars 1988, particulièrement p. 72 et s.; U. REIFNER, "Droit européen des services financiers", à la *Card/Euro-journal*, octobre 1990, p. 56 et s. V. aussi les synthèses récentes et très complètes de X. FAVRE-BULLE, *Le droit communautaire du paiement électronique*, Schulthess Polygraphischer Verlag Zürich 1992, p. 47 et s.; Ch. KNOBBOUT-BETHLEM, *Konsumenrichter elektronisch betalingsverkeer*, Kluwer Deventer, 1992, p. 67 et s.

nouvelles cartes de paiement (COM(86) 754 final (36); plus récemment, "Les paiements dans le marché intérieur européen" COM(90) 447), ce qui implique une collaboration étroite entre les fournisseurs de systèmes de paiement, avec tous les risques de restriction à la concurrence que cela peut comporter. Il faut donc concilier normalisation technique permettant l'ouverture d'un système au plus grand nombre et respect de la liberté de concurrence. La liberté de choix du consommateur n'est qu'un leurre si la structure de l'offre n'est pas concurrentielle.

17. Par ailleurs, le développement des instruments de paiement, leur diffusion ne peut se faire, sous peine de rejet, que dans le respect des intérêts de toutes les parties au système, institutions émettrices, commerçants et consommateurs. C'est le sens des deux recommandations de la Commission du 8 décembre 1987 portant sur un code européen de bonne conduite en matière de paiement électronique (J.O.C.E. du 24 décembre 1987, n° L 365/72) et du 17 novembre 1988 concernant les systèmes de paiement et en particulier les relations entre les titulaires et émetteurs de cartes (J.O.C.E. du 24 novembre 1988, n° L 317/55).

Cette seconde recommandation qui englobe (point 1) non seulement les paiements électroniques avec ou sans carte mais aussi les paiements non électroniques par carte (37), comprend des dispositions importantes en ce qui concerne le contenu, la forme des clauses contractuelles liant l'émetteur et le titulaire des moyens d'accès, la façon

(36) Sur ce document, R. TRINQUET, "Vers un droit européen des cartes de paiement?", *Droit et Technologies nouvelles*, avril 1987, p. 8-11; X. FAVRE-BULLE, *op. cit.*, p. 48 et s.; Ch. KNOBBOUT-BETHLEM, *op. cit.*, p. 80 et s.

(37) Pour une synthèse des critiques relatives au caractère imprécis ou excessivement large de la recommandation, E. MEYSMANS et X. THUNIS, "La réglementation des cartes de crédit en droit belge et en droit européen" in *La nouvelle loi sur le crédit à la consommation*, Bruxelles, Ed. CREADIF, 1992, p. 123 et s. et les références citées; X. FAVRE-BULLE, *op. cit.*, p. 79 et s.

dont ces clauses sont portées à la connaissance de ce dernier (38). Cette recommandation comporte aussi et surtout de notre point de vue des dispositions importantes en ce qui concerne les obligations et les responsabilités de l'émetteur et de l'utilisateur des moyens d'accès en cas d'incident de paiement (vol ou perte des moyens d'accès, exécution incorrecte de l'ordre donné par le titulaire, preuve en cas d'incident technique). Au-delà d'une terminologie parfois maladroite (39) apparaît le souci d'une répartition des risques entre parties au système qui va de pair, semble-t-il, avec le plafonnement des responsabilités respectives.

L'impact de cette recommandation est également important. Même si le texte formellement n'est pas juridiquement contraignant (40), force est de constater que les émetteurs, les banques notamment, ont été obligés, pour éviter une directive, d'adopter un code de bonne conduite qui reprend, sur bien des points, le contenu de la recommandation (41).

(38) Pour un commentaire de la recommandation, Y. GERARD et A. SVENDSEN, "La recommandation de la Commission sur les relations entre organismes financiers et porteurs de carte de paiement", *D.I.T.*, 1989/2, p. 47-56; R. TRINQUET, "Relations entre organismes financiers et consommateurs dans un système de paiement étendu à l'ensemble de la Communauté", *Banque* (Fr.), avril 1989, p. 423-435; Comité consultatif (France) *Nouveaux travaux sur les cartes de paiement*, octobre 1990, p. 15 et s.; X. FAVRE-BULLE, p. 60 et s., p. 74 et s.; E. MEYSMANS et X. THUNIS, *op. cit.*, p. 127 et s.

(39) E. MEYSMANS et X. THUNIS, *op. cit.*, p. 137 et s.; X. FAVRE-BULLE, *op. cit.*, p. 161 et s.

(40) Les organisations de consommateurs auraient souhaité un texte juridiquement plus contraignant. Il faut cependant se garder d'oppositions trop tranchées et considérer qu'une recommandation n'a aucune valeur juridique (v. à ce sujet, C.J.C.E., 13 décembre 1989 Grimaldi/Fonds des maladies professionnelles, *J.L.M.B.*, 1990, p. 326 et s.). Le tribunal de Juvisy sur Orge, dans une décision inédite du 27 avril 1990, a relevé explicitement que l'envoi d'une carte sans demande préalable du client est contraire à la recommandation et au code de bonne conduite que la profession s'est donné.

(41) Pour plus de détails, X. FAVRE-BULLE, *op. cit.*, p. 66 et s.; Ch. KNOBBOUT-BETHLEM, *op. cit.*, p. 90 et s.

B. Les initiatives nationales (42)

18. Quoique pionniers dans le domaine des transferts électroniques de fonds, ni la France ni la Belgique n'ont de textes légaux régissant de façon complète les différents problèmes juridiques posés par les paiements par carte. Des dispositions isolées existent cependant.

L'article 22 de la loi française du 11 juillet 1985 énonce que "l'ordre de paiement donné au moyen d'une carte de paiement est irrévocable. Il ne peut être fait opposition en cas de perte ou de vol de la carte, ou de redressement ou de liquidation judiciaire du bénéficiaire" (43).

Cette disposition instaure plus de sécurité au profit des bénéficiaires du paiement, une fois l'ordre donné. Par ailleurs, l'article 2 de la loi du 30 décembre 1991 relative à la sécurité des chèques et des cartes de paiement définit la carte de paiement et réaffirme le principe de l'irrévocabilité. Sur le plan pénal, des incriminations nouvelles de falsification et de contrefaçon de cartes de paiement sont introduites par l'article 11 de la même loi (44).

En Belgique, c'est dans la loi du 12 juin 1991 relative au crédit à la consommation que l'on trouve, de façon presque incidente, un article 61

(42) On se limite à une synthèse. Pour plus de détails, Ch. KNOBBOUT-BETHLEM, *op. cit.*, p. 112 et s.

(43) Pour un commentaire de cette disposition, J. HUET, "Dossier monétique: relations entre établissements financiers, commerçants et porteurs de carte de paiement (France)", *Droit inform.*, 1986/3, p. 117 et s.; R. TRINQUET, "Paiement par carte, l'irrévocabilité", *Banquette*, novembre 1985, p. 590 et s.; D. MARTIN "Analyse juridique du règlement par carte de paiement" *D.S.* 1987, chron. p. 51 et s.; du même auteur "La carte de paiement et la loi (ou la puce maltraitée)", *D.S.*, 1992, chron., p. 277 et s.

(44) Pour un commentaire de ces dispositions, D. GUERIN, "Principales innovations de la loi relative à la sécurité des chèques et des cartes de paiement", *J.C.P.*, 23 janvier 1992, Ed. E. "bloc-notes".

répartissant les risques issus de l'usage frauduleux des cartes. Ce texte pose pas mal de problèmes d'interprétation (45).

19. Plus complète, la loi danoise (46), qui paraît avoir influencé la recommandation européenne du 17 novembre 1988 (47), vise de façon générale et sans autre précision les systèmes de paiement par cartes et les modes de paiement analogues (article 1). Toutes les cartes sont visées, qu'elles donnent lieu à un paiement électronique ou non.

La loi danoise, dont l'objectif est de protéger le consommateur, comporte un arsenal de dispositions très complet notamment en ce qui concerne la responsabilité de l'utilisateur suite au vol ou à la perte de la carte (art. 21 et s.), la collecte et la conservation des données relatives à l'opération de paiement (not. art. 24 et s.), le libre choix des moyens de paiement (art. 18 et s.).

20. C'est aussi un objectif de protection du consommateur que poursuit explicitement l'*Electronic Fund Transfer Act* (EFTA), réglementation fédérale américaine entrée en vigueur le 10 mai 1980 (48). La

(45) Notamment en ce qui concerne son champ d'application et sa conformité à la recommandation européenne du 17 novembre 1988. A ce sujet, E. MEYSMANS et X. THUNIS, *op. cit.*, p. 148 et s.; un arrêté royal du 24 février 1992 fixe le montant maximum du risque assuré par le consommateur "en cas de perte ou de vol de la carte de crédit ou d'un autre titre de crédit" (*M.B.*, 4 avril 1992, p. 7.650).

(46) La loi danoise "The Payment Cards Act" date du 6 juin 1984 mais n'est entrée en vigueur que le 1er janvier 1985. Pour une analyse détaillée de la loi, S. MULVAD, "The Danish Payment Cards Act of 1984" in *Transfert électronique de fonds et protection du consommateur*, Th. BOURGOIGNIE, M. GOYENS, (ed.) Story Scientia, 1990, p. 127 et s.; sur le rôle de l'ombudsman, *id.*, p. 142 et s.

(47) X. FAVRE-BULLE, *op. cit.*, p. 64 et s.

(48) *Electronic Fund Transfer Act*, Title IX of the Consumer Credit Protection Act, 15 U.S.C. 1601 et seq. Pour des précisions sur l'historique de la loi, voir D. SYX, *Aspects juridiques du mouvement électronique de fonds*, K.B., avril 1982, p. 91; M. ELLIS et F. GREGURAS, *The Electronic Fund Transfer Act and Federal Reserve Board Regulation E*, Prentice Hall, 1983, p.1-8; B. GEVA, *op. cit.*, 6-29 et s.

législation couvre en effet tout transfert électronique de fonds pourvu qu'il soit déclenché par un consommateur (49).

Dans les grandes lignes, l'EFTA règle l'attribution des moyens d'accès au système de transfert électronique de fonds, détermine la responsabilité de l'utilisateur en cas de perte ou vol des moyens d'accès en prévoyant des limites fixes et forfaitaires, met l'accent sur l'information fournie par les institutions financières tant en ce qui concerne les conditions générales d'utilisation du service électronique que la documentation relative à chaque transfert. Une des innovations importantes de la loi américaine est la procédure de rectification d'erreurs (error resolution procedure) qui oblige les institutions financières à vérifier et à corriger les erreurs invoquées par leur client dans les plus brefs délais. Contrairement aux législations précédemment évoquées, la législation américaine ne lie pas son application à un support ou moyen d'accès spécifique tel que la carte (voy. art. 903 (6) de la loi).

L'EFTA ne couvrant que les transferts de fonds déclenchés par un consommateur, une autre législation a été promulguée depuis janvier 1991, au moins dans certains Etats américains pour couvrir les "transferts de fonds professionnels" (Wholesale funds transfers) (50). Un nouvel *article 4A* est ainsi inséré dans le Uniform Commercial Code. Il s'applique aux ordres déclenchés par des entreprises (corporate transfers) ou encore par des institutions financières (bank transfers).

Cette législation détermine les obligations et les droits des différentes parties au transfert et répartit les risques en cas d'incident de

(49) Cette notion est définie de façon bien laconique par la Regulation E (qui est une législation comportant les mesures d'exécution de la législation de base). L'article 205.2 indique "Consumer means a natural person". De façon générale, la notion de consommateur n'est pas définie de façon claire par les législations qui s'en servent comme critère de délimitation *ratione personae*. V. à ce sujet X. FAVRE-BULLE, *op. cit.*, p. 85 note 187 et les références citées; G. PAISANT, "Essai sur la notion de consommateur en droit positif", *J.C.P.*, 1993 (ed G.), I, 3655.

(50) Sauf erreur de notre part, cette notion n'est pas définie par la loi; sur la difficulté de délimiter les champs d'application de l'EFTA et de l'article 4A, Th. BAXTER et R. BHALLA, "The interrelationship of Article 4A with Other Law", 45 *The Business Lawyer*, 1990, p. 1485 et s.; pour une étude approfondie, B. GEVA, *op. cit.*, 2-1 et s.

paiement (ordre de transfert frauduleux ou erroné, révocation des ordres...) (51).

C. Les initiatives internationales (52)

21. La CNUDCI (53) se distingue depuis plusieurs années déjà par son activité dans le domaine des transferts de fonds internationaux.

En 1987, cette Commission a publié un remarquable ouvrage intitulé "Guide juridique sur les transferts électroniques de fonds" (54). Cet instrument de référence identifie 41 questions juridiques posées par les transferts électroniques de fonds et expose les différentes solutions possibles à partir de réponses données par les Etats membres.

Au-delà de ces préoccupations d'ordre méthodologique, la CNUDCI s'est tournée vers des activités plus opérationnelles et a cherché à définir des règles types applicables aux virements.

Même si les limites des différents projets discutés ne sont pas toujours bien claires, les règles, dont l'intitulé a changé à plusieurs reprises, visent surtout les virements internationaux entre institutions financières, qu'ils soient électroniques ou traditionnels (55). Les

(51) Le texte de la loi et de l'exposé des motifs est repris dans *Federal Register* vol. 55 n° 194, October 5, 1990 p. 40791 et s.; pour des commentaires, v. *The Business Lawyer* 1990, n° spécial particulièrement p. 1389 et s.; v. aussi dans la même revue, la chronique annuelle "Commercial Paper, Bank Deposits and Collections, and Other Payment Systems" commentant les développements récents dans des systèmes de paiement américains.

(52) On reprend les principales initiatives s'attachant à déterminer la responsabilité des banques dans une opération de transfert. La liste complète des initiatives internationales est impressionnante; cf. G. HEINRICH "International Initiatives Regarding the Harmonisation of Rules Having an Effect on Payment, Funds Transfers and Bankruptcy", *R.D.A.I.*, 1991/2, p. 315 et s.

(53) Commission des Nations Unies pour le droit commercial international. En anglais UNCITRAL (United Nations Commission on International Trade Law).

(54) "Legal Guide on Electronic Funds Transfers" New-York 1987 A/CN.9/SER.B/1 150 pages.

(55) La CNUDCI a cependant entendu couvrir tous types de transferts de fonds y compris les transferts "grand public", aucun critère de distinction avec les transferts de fonds professionnels n'étant totalement satisfaisant (voy. A/CN.9/WG.IV/WP.35 27 août 1987, p. 5 et A/CN.9/WG.IV/WP.49, 8 octobre 1990, p. 9).

questions étudiées sont classiques (obligations des parties au transfert, règlement des incidents de paiement...) et en définitive fort semblables à celles réglées par l'article 4A américain. Celui-ci a d'ailleurs influencé les travaux menés au sein de la CNUDCI (56), ce qui pourrait être un obstacle à leur acceptation par des pays de tradition juridique différente. Quoiqu'il en soit, la loi-type sur les virements internationaux a été adoptée par la CNUDCI en date du 15 mai 1992. Si la force obligatoire de ce genre de loi uniforme est très relative puisqu'elle est laissée à la discrétion des Etats membres, les travaux de la CNUDCI pourraient cependant gagner en impact, étant donné l'attention qu'y porte la Commission des Communautés européennes. Ajoutons, pour clôturer ce bref tour d'horizon que d'autres organisations internationales, telles que la CCI (57) et l'OCDE (58) mènent des travaux en matière de transfert de fonds envisageant, chacun selon sa perspective propre, les rapports interbancaires ou les rapports dits "de consommation" (entre banques et particuliers).

CHAPITRE III

RESPONSABILITE, PREUVE ET SECURITE DANS LES SYSTEMES DE PAIEMENT AUTOMATISES

22. L'introduction de techniques automatisées dans les systèmes de paiement se caractérise par un double phénomène, dont les conséquences juridiques doivent être approfondies.

1° *La dématérialisation des transactions*, ou de façon plus précise, la disparition de l'écrit signé traditionnellement requis pour faire preuve

(56) Comme le montre le document A/CN.9/WG.IV/WP.49, 8 octobre 1990 comparant les solutions de la loi-type et de l'article 4A.

(57) Principes directeurs pour le transfert international interbancaire de fonds et pour l'indemnisation, ICC Publishing S.A., février 1990.

(58) Voir l'ouvrage *Les cartes de paiement et le consommateur*, OCDE, Paris, 1989; pour plus de détails, Ch. KNOBBOUT-BETHLEM, *op. cit.*, p. 108 et s.

de l'existence et du contenu de l'ordre. Ceci entraîne l'apparition de conventions sur la preuve qui influent sur la responsabilité du banquier (*section 1*).

2° *La dépersonnalisation des transactions*: le contrôle de l'ordre, de son authenticité et de sa régularité, est effectué non plus par le banquier sur base d'éléments personnels au donneur d'ordre mais par un système complexe qui vérifie automatiquement si la procédure d'accès prescrite est ou non respectée. La sécurité de ce système, en cas d'incident de paiement, fait assez naturellement l'objet de débats dont l'issue conditionne la responsabilité du banquier (*section 2*).

SECTION 1

A LA RECHERCHE DE L'ECRIT SIGNE

23. Avec l'introduction de techniques automatisées de paiement, l'écrit signé (chèque, ordre de virement) de la *main* de l'émetteur de l'ordre disparaît. Cette disparition de la signature manuscrite explique l'apparition ou la recrudescence des conventions de preuve entre le banquier et son client. L'impact de ces conventions sur la répartition des dommages liés à une utilisation frauduleuse des moyens d'accès, (carte, code...) ne doit pas être négligé.

Que la preuve en cas de contestation soit plus moins aisée, que les éléments produits soient accueillis avec plus ou moins de faveur par le juge, tout ceci réagit directement sur le fond même du droit que le banquier prétend faire valoir à l'égard de son client (59) ou qu'à l'inverse ce dernier invoque vis-à-vis de lui.

L'intérêt et la portée des conventions sur la preuve dans les rapports entre les institutions financières et les titulaires des moyens

(59) Comp. M. VASSEUR, "Le paiement électronique, Aspects juridiques", *J.C.P.*, 1985, I, 3206, n° 38; "... en définitive, la question de la responsabilité du banquier se situe davantage sur le terrain de la charge de la preuve qui pèse sur lui, plutôt que sur le terrain du fond du droit..."

d'accès ne peuvent se comprendre que si l'on rappelle brièvement (60) certaines caractéristiques essentielles du droit de la preuve tel qu'il est organisé par les législateurs belge et français (61).

A. Rappel sommaire des règles relatives à l'administration de la preuve

24. Suivant l'article 1315 du Code civil, la charge de la preuve pèse sur celui qui réclame l'exécution d'une obligation. Celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation.

Il est important d'avoir à l'esprit ces principes ; en cas de difficultés ou de doute, c'est celui à qui incombe la charge de la preuve qui subira les conséquences d'un défaut de preuve, en d'autres termes, le *risque de preuve* (62).

(60) Pour une étude approfondie, N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, Précis de la Faculté de Droit, U.C.L., Bruxelles, Larcier, 1991 ; M. ANTOINE et M. ELOY, *Le droit de la preuve face aux nouvelles technologies de l'information*, Cahiers du Crid, n° 7, Story Scientia, 1991 ; F. CHAMOUX, *La preuve dans les affaires*, Litec, 1979 ; F. GALLOUEDEC-GENUYS, *Nouvelles technologies de l'information et le droit de preuve*, Paris, La documentation française, 1990.

(61) Pour une étude de droit comparé, B. AMORY et Y. POULLET, "Le droit de la preuve face à l'informatique et à la télématique", *R.I.D.C.*, 1985/2, p. 331-352.

(62) N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, 1991, p. 43 et s. ; P. LECLERCQ, "Rapport français" in *Les nouveaux moyens de reproduction*, Association Capitant, Economica, 1988, p. 183 ; N. VERHEYDEN-JEANMART, "La charge de la preuve" in *La preuve*, UCL, 1987, p. 7 et les références citées ; J. GHESTIN et G. GOUBEUX, *Traité de droit civil Introduction générale*, 3ème éd., Paris, L.G.D.J., 1990, p. 537. Cf. aussi l'excellent rapport de A. PONSARD in *La vérité et le droit*, Association Capitant, Economica 1989, p. 683, "La preuve incomberait à celui qui va contre la situation normale ou vraisemblable, ou à celui qui a la meilleure aptitude à la preuve". Les deux critères ne conduisent pas nécessairement aux mêmes solutions.

Voir aussi dans le même ouvrage le rapport de synthèse du doyen CORNU. Dans ce petit chef-d'œuvre d'écriture, d'humour et de justesse, on trouve, entre autres, richesses, (p. 7) que "La loi joue avec la vérité... C'est le doute en vérité que la loi organise. Le Droit gère nos doutes..."

L'application de ces principes donne en théorie les résultats suivants : (63)

- dans le cas d'un *dépôt* de fonds, le client agit en qualité de créancier. Il doit dès lors prouver l'existence et l'importance des fonds versés ; (64)

- dans le cas d'un *retrait*, la banque devrait fournir la preuve du fait et du montant du retrait ;

- dans le cas d'un *virement*, le client doit prouver l'ordre (existence et contenu), la banque devant prouver son exécution.

Même si la doctrine moderne, nuancant ces principes un peu rigides, met l'accent sur la collaboration des parties à l'établissement de la preuve (65), la tâche demeure très malaisée pour la partie à qui incombe la charge de la preuve si elle ne dispose pas des moyens permettant de l'établir ou si elle voit ses éléments de preuve refusés. Le banquier tente de surmonter le second type de difficultés par des dispositions contractuelles appropriées (v. *infra*, n° 31 et s.).

25. Pierre de touche du système légal, l'article 1341 du Code civil consacre la prééminence de l'écrit signé pour faire preuve de tout acte juridique d'une certaine importance (66).

(63) D. SYX, *op. cit.*, K.B., 1982, p. 83 ; B. STAUDER, "Le contrat entre l'émetteur des moyens d'accès au système de transfert électronique de fonds et le consommateur" in *Transfert électronique de fonds et protection du consommateur*, Th. BOURGOIGNIE, M. GOYENS, (ed.), Story-Scientia, 1990, p. 237 et s.

(64) Comp. en matière de location de coffre-fort, J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, 2ème éd., t. IV, p. 559 et s.

(65) N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, 1991, p. 30 et les nombreuses références citées ; P. LECLERCQ, *op. cit.*, p. 193.

(66) Le montant à partir duquel un écrit signé est requis est, en Belgique, (depuis la loi du 10 décembre 1990, *M.B.*, 22 décembre 1990) de 15.000 FB et en France de 5.000 FF (loi du 12 juillet 1980). Pour une analyse détaillée, N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, p. 117 et s. ; M. FONTAINE, "La preuve des actes juridiques et les techniques nouvelles", in *La preuve*, colloque UCL, 1987, p. 3 et s. ; en droit français, J. GHESTIN et G. GOUBEUX, *op. cit.*, 1990, p. 557 et s. ; F. CHAMOUX, "La loi du 12 juillet 1980 : une ouverture sur de nouveaux moyens de preuve", *J.C.P.*, 1981, I, 3008.

Est-ce à dire que les éléments de preuve produits par les techniques automatisées de paiement se voient rejetés dans les ténèbres "préjudiciaires", déclarés irrecevables ou dépourvus de force probante ? La réponse est négative pour deux raisons :

1°) la notion d'écrit signé, tout d'abord, peut s'interpréter assez largement étant donné l'imprécision ou l'ouverture providentielle des concepts fondamentaux, écrit et signature.

2°) la prééminence de la preuve écrite souffre elle-même de larges exceptions dérivant de la loi, d'une interprétation jurisprudentielle extensive ou d'une convention-loi des parties.

Cette dernière exception essentielle pour notre étude fera l'objet de développements approfondis. Afin d'offrir au lecteur un cadre de référence complet, expliquons rapidement les deux propositions.

B. Le concept d'écrit signé : une imprécision providentielle ?

26. Quoiqu'essentiels à la compréhension de l'acte sous seing privé, ni le concept d'écrit, ni celui de signature n'ont été définis par le législateur.

Des études doctrinales récentes (67) ont prétendu montrer que la notion d'écrit était plus large que ne le ferait croire l'interprétation traditionnelle (68).

Quant à la signature, il s'agit d'un signe par lequel une personne s'identifie comme auteur d'un acte et exprime son adhésion à celui-ci. Cette définition souligne les deux fonctions traditionnellement reconnues

(67) V. en particulier M. FONTAINE, art. cité et J. LARRIEU "Les nouveaux moyens de preuve : pour ou contre l'identification des documents informatiques à des écrits sous seing privé ?" *Lamy Cah. dr. de l'inf.*, H. novembre 1988, p. 10 et s. ; M. ANTOINE et M. ELOY, *Le droit de la preuve face aux nouvelles technologies de l'information*, Cahiers du CRID, n° 7, Story-Scientia, 1991, p. 40 et s.

(68) Selon un raisonnement original mais discutable, J. LARRIEU, *op. cit.*, p. 12 paraît admettre que l'enregistrement magnétique constitue un écrit. *Contra* : D. SYX, *op. cit.*, 1982, p. 66 ; H. CROZE, "Informatique, preuve et sécurité", *chron. D.S.*, 1987, p. 169.

à la signature : identification de l'auteur de l'acte et approbation du contenu de celui-ci (69).

Encore que la condition ne soit pas légalement imposée, il est traditionnellement requis que la signature soit manuscrite (70) et reprenne en principe le nom du signataire, sous la forme habituellement connue des tiers (71).

Seule la signature autographe garantirait la présence physique à l'acte et fournirait la preuve que la marque portée sur celui-ci a bien été apposée par le signataire prétendu (72).

27. De solides objections dans le détail desquelles nous n'entrons pas ont été émises à l'encontre de cette conception "formelle" (73) ou "dogmatique" (74).

Dans ce domaine, l'interprète propose : il est exact que les codes secrets ou plus largement les procédures d'accès aux systèmes de transferts électroniques de fonds ne sont pas liés à la personne et ne la

(69) Pour une discussion détaillée et une analyse de la jurisprudence, N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, p. 234 et s. ; M. VAN QUICKENBORNE "Quelques réflexions sur la signature des actes sous seing privé", *R.C.J.B.*, 1985, p. 65 et s. ; J. LARRIEU, *op. cit.*, décembre 1988, p. 26 et s. ; M. FONTAINE, *op. cit.*, p. 10 et s.

(70) Cf. sur ce point les développements de M. VAN QUICKENBORNE, art. cité, *R.C.J.B.*, 1985, p. 83 et s. et N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, p. 238 et s.

(71) Pour des nuances dans lesquelles nous n'entrons pas ici, signatures au nom de "Maman", "Ernest", ... M. FONTAINE, *op. cit.*, p. 11. ; J. LARRIEU, *op. cit.*, p. 16 et s. selon lequel "La dissociation entre la signature et le nom patronymique est... consommée".

(72) M. VAN QUICKENBORNE, *op. cit.*, p. 84.

(73) M. ANTOINE et M. ELOY, *op. cit.*, p. 40 et s.

(74) D. SYX, "Vers de nouvelles formes de signatures ? Le problème de la signature dans les rapports juridiques électroniques" *Dr. inform.* 1986/3, p. 133 et s. Du même auteur, "Naar nieuwe vormen van handtekening? Het probleem van de handtekening in het elektronisch rechtsverkeer", *KB*, 1985.

En droit belge, l'emploi de la griffe est autorisé pour la signature par les administrateurs des actions et obligations de sociétés (cf. not. art. 44, 89, 109 des lois coordonnées sur les sociétés commerciales).

En droit français, cf. la loi n° 66-380 du 16 juin 1966 "relative à l'emploi de procédés mécaniques pour apposer certaines signatures sur les effets de commerce et le chèque". Pour plus de détails, J. LARRIEU, *op. cit.*, p. 19 ; M. VAN QUICKENBORNE, *op. cit.*, p. 87.

caractérisent donc pas (75). Ce point est fondamental car il entraîne une modification radicale de la nature du contrôle exercé par le banquier sur les ordres qui sont transmis (v. *infra*, n° 36 et s.). L'essentiel toutefois, sur le plan probatoire envisagé ici, est que l'on puisse induire de signes manuscrits ou émis électroniquement, l'approbation de l'acte par le client qui s'est identifié de façon suffisamment sûre par la procédure d'accès prescrite (76).

(75) Not. G. VANDENBERGHE, "Les solutions pour aujourd'hui" in *Les transactions internationales assistées par ordinateur*, Paris, Litec, 1987, p. 157 et s.; du même auteur "De betekenis van de handtekening bij het elektronisch betalingsverkeer en teleshopping" in *Elektronisch betalingsverkeer en teleshopping*, Kluwer Antwerpen Deventer 1988, p. 23-33 et particulièrement p. 29; R.E. de ROOY "Preadvises" in *Juridische aspecten van moderne betaalmiddelen*, WEJ Tjeenk Willink Zwolle 1987, p. 61 et s.

(76) En ce sens, J. LARRIEU, *op. cit.*, p. 30, n° 52: "Sous le rapport de la logique, n'importe quel type de signe suffisamment distinctif peut constituer une signature s'il remplit cette double fonction d'approbation et d'identification qui est traditionnellement dévolue à la signature. Une signature électronique peut jouer ce double rôle". Des recherches sont en cours sur les signatures électroniques liées à une caractéristique physique de la personne, empreintes digitales, reconnaissance de la voix, reconnaissance "dynamique" de la signature. La reconnaissance dynamique de la signature consiste à analyser la façon dont le graphisme est tracé (vitesse, mouvements, pression sur la plume...). Pour plus de détails techniques, M. ANTOINE et M. ELOY, *op. cit.*, p. 19 et s.; p. 59 et s.

Il n'en reste pas moins que ces procédés, aussi sophistiqués soient-ils, doivent aussi exprimer l'adhésion du titulaire à l'acte concerné (M. FONTAINE, *op. cit.*, p. 13 et s.; J. LARRIEU, *op. cit.*, p. 29, n° 51). A ainsi été refusée la signature à l'aide d'empreintes digitales non pas qu'elles n'identifient pas leur titulaire mais parce qu'on ne saurait déduire de leur apposition que leur titulaire a entendu adhérer à l'acte (M. VAN QUICKENBORNE, *op. cit.*, p. 85, n° 25).

La difficulté n'est pas insurmontable. Le code (ou un procédé de confirmation) pourrait intervenir en fin de procédure. De plus, les techniques actuelles de chiffrement qui font dépendre le code du contenu et du moment du message permettent, semble-t-il, d'établir l'adhésion de l'intéressé au contenu de l'acte. En ce sens, M. ANTOINE et M. ELOY, *op. cit.*, p. 60 et s.; M. FONTAINE, *op. cit.*, p. 15 et 37; D. SYX, *op. cit.*, 1986, p. 139 et s.

28. La jurisprudence française paraît considérer que la "signature informatique" (77) ou, plus précisément, le fonctionnement de la procédure d'accès résultant de l'utilisation concomitante de la carte et d'un code secret est un moyen suffisant pour authentifier l'origine et le contenu de l'ordre de payer. Ainsi la Cour d'appel de Montpellier, par un arrêt du 9 avril 1987 (78) a-t-elle indiqué, dans une affaire où le bénéficiaire d'une ouverture de crédit consentie par la société Crédicas refusait le remboursement de la dette, "qu'à défaut de pouvoir justifier que J. (bénéficiaire de l'ouverture de crédit) a remis chaque fois en personne sa carte et composé lui-même son numéro de code secret en donnant son accord à la somme inscrite sur le lecteur, la société Crédicas apporte la preuve suffisante de ses créances par les enregistrements de la machine qui n'ont été rendus possibles que par l'utilisation simultanée de la carte C et du numéro de code secret, alors qu'il n'est allégué par ailleurs aucun dérèglement du système informatique, ni perte de son numéro secret par le débiteur,..." (79).

(77) MM. GHESTIN et GOUBEUX, (*op. cit.*, p. 592 note (42-5)) soulignent à juste titre que strictement parlant il n'y pas (encore?) en jurisprudence française de réelle assimilation de la "signature informatique" à la signature manuscrite dans la mesure où les cas relatés se placent soit sur le terrain de la libre appréciation judiciaire des preuves (voir l'arrêt cité au texte où le montant en cause est inférieur à 5 000 FF ce qui, par application de la loi française du 12 juillet 1980, rend possible la liberté de preuve), soit sur le terrain conventionnel. (voir l'arrêt de la Cour de cassation du 8 novembre 1989, D.S., 1990, p. 369 et s. commenté *infra* n° 34).

(78) Montpellier 9 avril 1987, J.C.P., 1988, II, 20984 note BOIZARD. En l'espèce surgissait une difficulté que nous n'approfondirons pas ici: la preuve demeure-t-elle libre quand le montant global des créances réclamées est supérieur à 5 000 francs, chacune d'elles étant inférieure à ce montant? voir M. BOIZARD, *op. cit.*, n° 12; J. GHESTIN et G. GOUBEUX, *op. cit.*, p. 560 et s. Ces auteurs font observer (*op. cit.*, p. 561, note 100) qu'en tous cas la Cour a préféré fonder la liberté de la preuve sur le montant inférieur à 5 000 FF des sommes en cause plutôt que sur une convention relative à la preuve.

(79) La Cour de Montpellier prend le contre-pied d'une jurisprudence pour le moins têtue et radicale des tribunaux de Sète selon lesquels la preuve de l'obligation de rembourser ne peut être fournie par une signature informatique émanant d'une machine dont l'organisme émetteur a la libre disposition.

Trib. d'instance de Sète, 9 mai 1984, D.S., 1985, p. 359 et s. note BENABENT. Le jugement fait partie d'une série de décisions rendues par le juge de Sète dans le même sens, 14 février 1984, Crédicas c/ J.; 9 mai 1984 (ci-dessus), Crédicas c/ Dame B.; 14 mai 1985, Crédicas c/ Dame K.

(suite...)

Ainsi qu'on le verra, la discussion est beaucoup plus vive quand le titulaire des moyens d'accès se fait dérober ceux-ci par un tiers et soutient que les débits opérés n'ont pu l'être que suite à une défaillance de la machine (v. *infra*, n° 40 et s.).

C. Les exceptions à la prééminence de l'écrit signé

29. 1°) Seuls les actes juridiques (80) sont soumis au principe de l'écrit signé alors que le fait juridique peut être prouvé par tous moyens de droit : présomptions, témoignages...

2°) Lorsque l'existence de l'acte n'est pas contestée mais bien son contenu, la jurisprudence (française) admet que la restriction à l'admissibilité des modes de preuve ne joue pas (81).

3°) La loi prévoit des exceptions pour les transactions relatives à de *petits montants* (82), en matière *commerciale* où la preuve est libre et

(79) (suite...)

Le cas d'espèce dans les grandes lignes est toujours le même : le particulier, détenteur d'une carte magnétique émise par la société Crédicas, "paye" ses achats dans un grand magasin au moyen de celle-ci, moyennant composition d'un code secret. L'organisme de financement demande ensuite sans résultat le remboursement de sa créance au titulaire.

(80) Pour plus de détails, N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, 1991, p. 120. La distinction entre acte juridique et fait (juridique) est classique mais pas toujours facile à appliquer. J. GHESTIN et G. GOUBEUX, *op. cit.*, p. 562. Le paiement est-il un acte juridique ou un fait juridique ? En faveur du paiement fait juridique, conception contestée mais qui ouvrirait toute grande la porte à un régime de preuve libre, v. N. CATALA, *La nature juridique du paiement*, Paris, L.G.D.J., 1961. Comp. N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, p. 136.

(81) Selon MM. GHESTIN et GOUBEUX, (*op. cit.*, p. 564, note (118) cette distinction, si elle soulève certaines difficultés, s'explique : "Lorsque les parties s'accordent sur l'existence de l'acte, la modification de l'ordre juridique est acquise et il reste seulement à en fixer la mesure...."; N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, p. 140 attire l'attention sur l'intérêt pratique de la question.

(82) Cf. art. 1341 du Code civil qui fixe à 15 000FB le seuil à partir duquel seule la preuve écrite est recevable. E. DIRIX, "Aanpassing bewijsrecht in burgerlijke zaken", *R. W.*, 1990-1991, p. 862.

En France, la loi du 12 juillet 1980 élargit le domaine de la liberté de preuve pour les actes juridiques d'un montant inférieur à cinq mille francs français. F. CHAMOIX, "La loi du 12 juillet 1980 : une ouverture sur des nouveaux moyens de preuve", *J.C.P.*, 1981, I, 3008.

tous les modes de preuve recevables sous le contrôle du juge (83), en cas d'impossibilité de se réserver une preuve écrite (C. civ., art. 1348) (84).

L'article 1341 est également inapplicable lorsqu'il existe un *commencement de preuve par écrit* (C. civ., art. 1347) (85).

Les conditions sont, remarque-t-on, moins rigoureuses que celles de l'écrit signé *stricto sensu*.

Le commencement de preuve par écrit doit émaner du défendeur, ce qui n'implique pas qu'il soit signé par lui (86). Il suffit que tacitement ou expressément le défendeur l'ait fait sien, se soit approprié le document qu'on lui oppose (87). Le document doit rendre vraisemblable le fait allégué. Observons cependant que le commencement de preuve par écrit ne fait qu'ouvrir la porte à un complément de preuve extrinsèque (88).

(83) La qualité du défendeur joue en pratique un rôle prépondérant : si, à l'encontre du commerçant, banquier défendeur, l'utilisateur peut toujours se prévaloir de la liberté de preuve d'application en matière commerciale, les règles strictes relatives à l'administration de la preuve en matière civile reprennent leur empire quand l'utilisateur, non commerçant par hypothèse, est défendeur à la cause.

Quand l'acte est mixte, l'article 1341 réserve ses rigueurs au commerçant qui doit produire une preuve écrite de la transaction passée sur le réseau. Pour une critique de ce système, X. DIEUX "La preuve en droit commercial", in *La preuve*, UCL, 1987, p. 4 et s.

(84) Cette impossibilité peut être matérielle ou morale ou encore résulter des usages. Pour une analyse détaillée, J.F. LECLERCQ "Essai de solution d'une adaptation du régime des preuves en droit privé" in *Unité et diversité du droit privé*, Bruxelles, ULB, 1983, p. 350 et s. N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, p. 174 et s.; D. SYX, *op. cit.*, 1982, p. 79; M. FONTAINE, *op. cit.*, p. 18 et s.

(85) Pour un examen détaillé de la question, J.F. LECLERCQ, *op. cit.*, p. 359 et s.; D. SYX, *op. cit.*, 1982, p. 80 et s.; C. LUCAS de LEYSSAC, "Les cartes de paiement : payer sans argent : un droit nouveau", *Cah. dr. de l'entreprise* 1986/5, p. 25, n° 46.

(86) D. SYX, *op. cit.*, 1982, p. 83; N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, p. 168 et s. et les exemples cités.

(87) M. FONTAINE, *op. cit.*, p. 16 : "Il n'est pas nécessaire de décèler sur le document une marque particulière d'identification, il suffit d'établir que le défendeur en est l'auteur matériel ou intellectuel".

(88) P. LECLERCQ, *op. cit.*, p. 183; N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, p. 173 et la jurisprudence citée.

30. Pour autant qu'on les sollicite (89), ces exceptions traditionnelles fournissent de solides arguments (90) pour soustraire les supports d'information produits par les transferts électroniques de fonds aux rigueurs de la preuve écrite (91). La brèche la plus large

(89) Pour une critique de cette méthode, M. FONTAINE, *op. cit.*, p. 40. Marie-Antoinette reste mal à l'aise devant son terminal...

(90) Bien qu'il existe des controverses sur la portée de telle ou telle exception, controverses dans lesquelles nous n'entrerons pas ici. Pour plus de détails, v. les études de M. FONTAINE, D. SYX et N. VERHEYDEN-JEANMART précitées.

(91) Pour un panorama complet, le lecteur intéressé peut consulter l'étude de M. FONTAINE, précitée p. 20 et s. qui offre un aperçu de la force probante des nouvelles techniques (photocopies, microfilms, télécopies, télégrammes, télex, communications téléphoniques, enregistrements sur magnétophones, guichets bancaires automatiques); cf. aussi M. ANTOINE et M. ELOY, *op. cit.*, p. 95 et s.; UNCITRAL *Legal value of computer records*, rapport du secrétariat général, A/CN.9/265, 21 février 1985, p. 6 et s. En ce qui concerne plus particulièrement le télex, souvent utilisé pour la transmission des ordres, il n'est pas contesté que le document télexé qui parvient au banquier puisse constituer une présomption (M. FONTAINE, *op. cit.*, p. 26). Il pourrait constituer un commencement de preuve par écrit pour autant qu'on puisse démontrer qu'il émane du donneur d'ordre (En ce sens, civ. Turnhout, 21 mai 1987, *R.G.D.C.*, 1989/2, p. 171). L'usage de codes secrets et de techniques de chiffrements de part et d'autre peut à cet égard rendre plus intense le lien entre le message et son expéditeur.

Comp. à ce sujet M. FONTAINE, *op. cit.*, p. 26 (cet auteur n'envisage pas le cas des télex testés fréquents dans le domaine bancaire) et L. CORNELIS et L. SIMONT "Bewijsrecht in technologische evolutie. Enkele overwegingen" in *Technologie en recht*, P. DE VROEDE (ed.), Kluwer, 1987, p. 155.

Pour la télécopie, également utilisée pour l'émission d'ordre de paiement, M. FONTAINE, *op. cit.*, p. 23 et s.; B. AMORY et X. THUNIS, "Aspects juridiques de l'utilisation du télécopieur", *D.I.T.*, 88/4, p. 35-37; J. HUET "La valeur juridique de la télécopie (ou fax) comparée au télex", *D.S.*, 1992, chron. VII, p. 33 et s.

Le document de réception peut valoir comme présomption. Il nous semble qu'il peut également valoir comme commencement de preuve par écrit surtout si un code propre à l'expéditeur permet, sous réserve de fraude, d'inférer que le message émane de lui (M. FONTAINE, *ibid.*; B. AMORY et X. THUNIS, *op. cit.*, p. 36; contra, N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, p. 409).

Il ne saurait, à notre avis, valoir comme original. (Comp. M. FONTAINE, *op. cit.* p. 23 et N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, p. 412).

En ce qui concerne les bandes magnétiques, v. E. CHAÏBAINOU, *L'informatisation de la banque. Aspects juridico-informatiques*, Casablanca, Ed Dar Al Youn, 1987, p. 152; F. CHAMOIX, *La preuve dans les affaires*, Paris, Litec, 1979, p. 62; P. LECLERCQ, *op. cit.*, p. 183 (avec des hésitations sur la qualification de commencement de preuve par écrit).

En ce qui concerne la bande journal du guichet automatique, ou du terminal point de vente et les tickets remis au client, v. la discussion au texte *infra*, n° 32 et s.

est cependant ouverte par les conventions sur la preuve que les institutions financières prennent la précaution de proposer ou d'imposer aux utilisateurs de services automatisés (ci-après).

D. Les conventions sur la preuve: validité, importance, limites

31. Même si cela a autrefois été contesté, il paraît admis aujourd'hui que les règles relatives à la preuve ne sont ni impératives, ni d'ordre public (92).

Les parties peuvent donc en principe aménager librement, par une convention particulière, la façon dont elles entendent régler l'administration de la preuve (93): renversement de la charge de la preuve, détermination des modes de preuve admissibles, établissement d'une hiérarchie dans la valeur probante des éléments de preuve.

En voici deux exemples, le premier relatif aux ordres émis à partir de terminaux "grand public", le second relatif à des ordres émis à partir de terminaux installés à domicile" (banque à domicile - home banking).

1° "Preuve des transferts électroniques de fonds: Les documents (tickets) délivrés par le guichet ou par le terminal point de vente ne constituent pas une preuve de l'(des) opération(s) qu'ils mentionnent mais sont seulement fournis au porteur de la carte à titre d'information ou pour lui permettre un contrôle. Le porteur de la carte et/ou le titulaire du compte et l'organisme financier acceptent, chacun pour ce qui les concerne, que la bande-journal ou un support d'information équivalent, sur lesquels sont enregistrées les données relatives à toutes les opérations

(92) N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, p. 148 et s. (en ce qui concerne l'article 1341) et les références citées note (143); X. MALENGREAU "Le droit de la preuve et la modernisation des techniques de rédaction de reproduction et de conservation des documents", *Ann. dr. Louvain*, 1981, p. 117 et s. et les références citées à la note 25; D. SYX, *op. cit.*, p. 74; M. FONTAINE, *op. cit.*, p. 4; C. LUCAS de LEYSSAC, "Plaidoyer pour un droit conventionnel de la preuve en matière informatique", *Expertises*, n° 97, juillet août 1987, p. 264; en droit hollandais, Ch. KNOBBOUT-BETHLEM, *op. cit.*, p. 163 et s.

(93) N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, p. 41; J. GHESTIN et G. GOUBEUX, *op. cit.*, p. 542.

à chaque guichet automatique ou chaque terminal point de vente, constitue un procédé de preuve par écrit contraignant et suffisant”.

2° “Le journal des instructions reçues (le logging) par la banque en conséquence de l’utilisation des services, lequel peut être visualisé sur papier, sur microfilm ou sur microfiche, constitue la preuve des ordres donnés par le client. La procédure d’identification équivaut à la signature du client par laquelle il reconnaît être l’auteur des instructions enregistrées sur le journal et marque son accord sur le contenu”.

32. Par les clauses citées, les parties procèdent à une admission sélective des “documents” qui pourront être produits comme preuve pour régler leurs litiges ultérieurs quant à l’origine, à l’existence ou au montant de la transaction.

Admission sélective: ceci signifie que sont rejetés certains documents produits au cours de l’opération (p. ex. tickets reçus d’un guichet automatique) et que sont consacrés contractuellement d’autres documents (bande journal, document reçu par la banque) dont l’institution financière a généralement la maîtrise (94). Ce faisant, l’institution financière à laquelle incombe en principe (C. civ. art. 1315) la charge de prouver l’existence ou le montant d’un transfert contesté par le client évite ou réduit l’incertitude planant sur l’admissibilité et la force probante des éléments de preuve en cas de litige. Car, même si elle ne doit pas être exagérée, l’incertitude existe.

Ainsi la bande journal; celle-ci enregistre selon un programme préétabli les opérations effectuées au terminal et leurs conditions (date, heure, numéro de carte utilisée, essais infructueux...); elle est en quelque

(94) Ceci devrait être nuancé dans le cas de la banque à domicile où le client peut disposer de certains éléments de preuve tels que la conservation en mémoire des ordres émis. Par ailleurs, le développement technique peut contribuer à résoudre certains des problèmes qu’il a lui-même créés. La carte à mémoire, p. ex., qui conserve l’information sur la transaction, permet de rétablir un certain équilibre et de réduire l’inégalité des parties dans l’administration de la preuve. M. FONTAINE, *op. cit.*, p. 9; P. LECLERCQ, *op. cit.*, p. 186 et la référence aux anciennes “tailles” citées à l’article 1333 du Civil. Malgré les progrès techniques, des défaillances restent possibles, cf. J. HUET, “Formalisme et preuve” in *Informatique et télécommunications: y-a-t-il un juriste dans la salle?*, Story-Scientia, 1989, part. p. 246, note 30.

sorte une oeuvre “mixte” puisqu’elle comporte des éléments pouvant faire conclure à l’appropriation soit par le client sur base de l’ordre introduit, soit par l’institution financière qui en règle le fonctionnement selon un programme prédéterminé. La doctrine la considère tantôt comme une présomption (95), tantôt comme un commencement de preuve par écrit; (96) on pourrait même, si on suit le raisonnement qui assimile la procédure d’accès à une signature, considérer la bande journal comme un réel écrit (97).

De même, les tickets fournissant au client un résumé de l’opération: ce sont à notre avis de simples présomptions (98) mais certains considèrent qu’ils peuvent valoir commencement de preuve par écrit à l’égard de la banque (99). Les conséquences en sont parfois désagréables pour les banques, comme le montre une décision rendue par le tribunal d’instance de Toulouse le 19 juin 1986 en matière de dépôt d’espèces à un guichet automatique (100). Le tribunal considère que “la remise d’un ticket de caisse d’un versement de 2 000 FF est non seulement un commencement de preuve par écrit mais encore, jusqu’à preuve du contraire, la certitude pour l’utilisateur du guichet qu’une telle somme a bien été remise”. Cette décision a été critiquée pour la qualification qu’elle donne au ticket de caisse constitué unilatéralement par l’utilisateur (101). On lui a également reproché de déplacer le problème sur le terrain de la responsabilité en considérant que les banques

(95) J.P. BUYLE, “La carte de paiement électronique”, in *La banque dans la vie quotidienne*, Ed. du Jeune Barreau, 1986, p. 472.

(96) Contre le banquier ou contre le client? Comp., M. FONTAINE, *op. cit.*, p. 32; D. SYX, *op. cit.*, p. 84; J. P. BUYLE, *ibid.*,

(97) J.P. BUYLE, *op. cit.*, p. 472, note 52.

(98) J.P. BUYLE, *op. cit.*, p. 475; dans le même sens apparemment, D. SYX, *op. cit.*, p. 85.

(99) M. FONTAINE, *op. cit.*, p. 33.

(100) Rev. de jurispr. com. 1987, p. 193 et s. note J. LARRIEU; pour un cas semblable en jurisprudence belge, J.P. Marchienne-au-Pont, 6 avril 1990, *J.T.*, 1990, p. 679 et s. (la décision mal motivée tranche en faveur du déposant); sur l’ensemble de la question, N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, p. 412.

(101) M. CABRILLAC et B. TEYSSIE, *Rev. trim. dr. com.* 1987, p. 552.

doivent supporter les risques des appareils qu'elles mettent à la disposition du public. Cette question divise les commentateurs (102).

33. Quelle que soit la réponse qu'on y apporte, la discussion montre tout l'intérêt des conventions sur la preuve, au moins pour les institutions financières. Elle souligne aussi le lien qui existe entre le règlement de la preuve et la répartition des responsabilités en cas d'incident de paiement.

Ce lien apparaît nettement dans les opérations de "banque à domicile" (2ème clause).

Le client et l'institution financière conviennent que le document tel qu'il est reçu dans les locaux de cette dernière constitue la seule base pour l'exécution des ordres, l'institution financière demeurant par ailleurs responsable des modifications subséquentes apportées au document.

Le document de référence en cas de litige est celui qui est reçu par l'institution financière, incorporant le cas échéant les fraudes ou les erreurs commises à l'émission de l'ordre ou pendant le transfert de celui-ci, qu'elles soient le fait du donneur d'ordre, d'un membre de son personnel ou même d'un tiers.

L'observation ne doit d'ailleurs pas être limitée aux opérations de banque à domicile.

De façon générale, les conventions sur la preuve stipulées entre le titulaire et l'émetteur des moyens d'accès apparaissent comme le prolongement et la mise en oeuvre pratique du choix effectué pour la répartition des responsabilités. A partir du moment où le titulaire des moyens d'accès est conventionnellement rendu responsable de l'usage abusif qui pourrait être fait de ceux-ci, le moyen le plus efficace pour éviter toute contestation sur la validité de l'ordre donné est de prévoir que les documents produits par l'institution financière ont une force probante

(102) Comp. J. LARRIEU, *op. cit.*, p. 198: "Le banquier ne peut invoquer à son profit les défauts des appareils... Les risques de l'entreprise sont logiquement supportés par le banquier... C'est à lui de démontrer la fraude ou la maladresse de l'utilisateur"; et M. CABRILLAC et B. TEYSSIE, *op. cit.*, p. 552. "Le banquier serait responsable par le seul fait qu'il mettrait à la disposition du public un système peu fiable. On ne peut admettre cette proposition, car le dépôt dans un appareil automatique est un service que le client peut fort bien ne pas utiliser de sorte qu'il en accepte les risques quand il le fait."

privé, "contraignante", même s'ils enregistrent un ordre faux ou falsifié. Il est indispensable d'avoir ce genre de clause à l'esprit pour apprécier la responsabilité du banquier en cas d'incident de paiement. Il est également indispensable d'en connaître les limites (ci-après).

34. La validité de principe des conventions sur la preuve est affirmée de façon parfois lapidaire par la doctrine et par la jurisprudence (v. *supra*, n° 31).

En ce qui concerne les cartes, il a ainsi été considéré par le tribunal de première instance de Namur que la bande journal contractuellement reconnue comme "un procédé de preuve par écrit contraignant et suffisant" constituait une preuve suffisante de deux retraits effectués à dix jours d'intervalle (103).

Dans le même sens, la Cour de cassation française dans un arrêt rendu sur pourvoi intenté par la société Crédicas contre une décision du tribunal d'instance de Sète, a clairement affirmé la validité de principe des clauses déterminant le procédé de preuve d'un ordre de paiement.

Selon la Cour, "pour les droits dont les parties ont la libre disposition, [les] conventions relatives à la preuve sont licites..." (104).

La question est cependant plus épineuse que ne le laisse supposer cette position très nette, dont la formulation est quelque peu tautologique. S'il n'est plus soutenu aujourd'hui que la matière de la preuve soit d'ordre

(103) Trib. civ. Namur, 30 mai 1988, *D.I.T.*, 1990/2, p. 60 et s., note J.-P. BUYLE.

(104) Cass. fr. (1e ch.) 8 novembre 1989, *D.I.T.*, 1990/2, p. 44 et s. note VASSEUR, selon lequel l'arrêt est "juridiquement irréprochable"; *D.S.*, 1990, p. 369 et s. note GAVALDA; pour des réserves sur la formulation employée par la Cour, J. HUET, *D.S.*, 1990, I.R., p. 328.

public parce que ce sont d'abord des intérêts privés qui sont en cause (105), ceci ne signifie pas que la liberté contractuelle puisse s'exercer sans limites. Certaines limites sont classiques : il faut que la clause en question soit entrée dans le champ contractuel, en d'autres termes qu'elle ait été acceptée par le client (106).

D'autres sont plus délicates à tracer ; on s'interroge sur la "valeur de telles stipulations contractuelles dans des matières où le cocontractant se trouve placé dans une position d'infériorité face à une technique dont la maîtrise lui échappe et à des conventions dont le contenu lui est imposé" (107). Cette réserve peut se comprendre.

Encore faut-il en préciser les raisons sur le plan juridique. Plusieurs angles d'attaque (108) ont été proposés en doctrine pour critiquer les clauses par lesquelles les institutions financières donnent force contraignante absolue à un document produit par leur système automatisé (109).

Selon MM. Amory et Pouillet (110), ce type de clause ne serait pas valable parce qu'il dénie au client toute possibilité de contester en justice un ordre faux ou falsifié, même s'il dispose des moyens de preuve pour ce faire. Ajoutons que reconnaître à cette clause l'effet prévu conventionnellement reviendrait à doter le document informatique d'une valeur probante plus forte que celle qui a jamais été reconnue à un écrit

(105) C. LUCAS de LEYSSAC, *op. cit.*, 1987, p. 264 "...lorsque la convention sur la preuve porte sur une matière dont on peut disposer un droit à recevoir une somme d'argent par exemple, il n'y a pas de raison de ne pas admettre la convention sur la preuve puisque, au pire, elle conduit à la disparition du droit... Si l'on peut disposer du droit directement, on peut en disposer indirectement par le biais d'une convention sur la preuve...". Dans le même sens, PLANIOL et RIPERT, *Obligations*, t. VII, n° 1428 et les références citées. En sens contraire, v. pour le Canada, N. L'HEUREUX et L. LANGEVIN, "La pratique des cartes de paiement au Québec : l'apport du droit comparé", *Revue du Barreau* (Canada) mars-avril 1990, p. 264 et s.

(106) Les références à ce sujet sont abondantes. Pour une synthèse, P. VAN OMME-SLAGHE, "Examen de jurispr. Obligations (1974-1982)", *R.C.J.B.*, 1986, p. 140 et s.

(107) J. HUET, cité par Conseil National du Crédit, *Les aspects juridiques des nouveaux moyens de paiement*, Direction des Journaux officiels, juillet 1986, p. 60.

(108) Cf. la discussion dans Conseil National du Crédit, *op. cit.*, juillet 1986, p. 72.

(109) V. la synthèse de F. GRUA, *Contrats bancaires*, t. I, Paris, Economica, 1990, p. 13 et s., p. 189 et s.

(110) B. AMORY et Y. POULLET, *op. cit.*, 1989, p. 49.

signé, lequel peut toujours faire l'objet d'une procédure en désaveu (art. 1323 du Code civil) (111).

A notre avis, si les clauses aménageant le régime de la preuve ne peuvent toucher à l'organisation judiciaire (112), elles ne peuvent non plus aller jusqu'à interdire à une partie d'établir la vérité soit en lui interdisant une preuve contraire (113), soit même, ce qui est plus difficile à apprécier, en lui imposant une preuve impossible (114). Quand une présomption irréfragable est établie, ne supportant pas la preuve contraire, n'édicte-t-on pas conventionnellement une règle de fond (115) dont la validité doit s'apprécier au regard des règles gouvernant les exonérations de responsabilité (116) ? Certaines législations interdisent d'ailleurs explicitement ce genre de clauses (117).

La loi belge du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce en son article 32 (point 18) prévoit que "sont abusives les clauses (...) qui ont pour objet de limiter les moyens de preuve que le consommateur peut utiliser". Cette disposition remet en cause, au moins dans les "rapports de consommation", la validité de clauses accordant force probatoire aux seuls enregistrements de la banque (118). Le ticket, les témoins... pourraient donc, en cas de contestation, être produits comme modes de preuve

(111) M. FONTAINE, *op. cit.*, p. 13 ; v. cependant M. VAN QUICKENBORNE, *op. cit.*, p. 70.

(112) J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, *op. cit.*, n° 567.

(113) J. HUET, "Formalisme et preuve en informatique et télématique..." in *Informatique et télécommunication ; y a-t-il un juriste dans la salle ?* Story Scientia 1989, p. 242 et s. ; cf. aussi M. BOIZARD, *op. cit.*, n° 14 qui invoque le principe fondamental de la soumission des preuves à un débat contradictoire.

(114) En ce sens, PLANIOL et RIPERT, t. VII, *op. cit.*, L.G.D.J., 1954, p. 858.

(115) En ce sens à propos de clauses réglant les effets du non-retour dans les délais d'un chèque impayé, M. VASSEUR note sous Cass. fr. (ch. com.) 20 octobre 1978, *D.S.* 1979, p. 353.

(116) En ce sens à propos d'une clause considérant comme reconnu exact le relevé de compte non contesté dans un délai déterminé, A. LAGASSE, "Les clauses d'irresponsabilité et la profession de banquier", *Rev. Banque*, 1945, p. 387.

(117) Voir p. ex. l'article 2, 15^e de la loi luxembourgeoise du 25 août 1983 "sont notamment considérées comme abusives : ... Les clauses imposant au consommateur la charge de la preuve incombant normalement au fournisseur". Pour les Pays-Bas, cf. Ch. KNOBBOUT-BETHLEM, *op. cit.*, p. 163.

(118) Cette disposition n'interdit toutefois pas une convention sur la charge de la preuve, E. DIRIX, "De bezwarende bedingen in de W.H.P.", *R.W.*, 1991-1992, p. 570.

par le consommateur, sous le contrôle du juge qui en appréciera la force probante.

35. Sur base des principes généraux de l'interprétation des conventions et malgré les limitations légales, on peut donner à une clause sur la preuve effet utile (C. civ. art. 1157) en faveur de l'institution financière tout en lui déniait ses conséquences abusives au détriment du client.

Quel est l'objet de la clause sinon de dispenser l'institution financière de produire un écrit signé en cas de contestation sur l'origine ou sur le contenu d'une transaction et d'obliger le juge, respectueux de la loi des parties, à prendre en considération les "documents informatiques" produits par le système de l'institution financière au cours de l'opération (119)?

Prendre en considération : ceci signifie que le juge devrait conserver sa liberté d'appréciation des moyens de preuve ainsi fournis (120); en d'autres termes la clause ne devrait pas interdire à la partie adverse (121) de rapporter la preuve contraire ni imposer au juge de

(119) En ce sens, à propos de stipulations très discutables aux termes desquelles le titulaire d'une carte autoriserait le débit de son compte sur simple production du numéro de carte, H. CROZE, "Informatique, preuve et sécurité", *D.S.*, 1987, p. 170.

(120) Ch. GAVALDA, *op. cit.*, *D.S.*, 1990, p. 370, n° 9; A. BENABENT, note sous Trib. inst. Sète, 9 mai 1984, *D.S.*, 1985, p. 360; F. GRUA, *op. cit.*, p. 14.

(121) Un problème délicat est celui de l'opposabilité à un tiers (p. ex. le bénéficiaire de l'ordre) des enregistrements informatiques reprenant les caractéristiques de l'ordre émis par le débiteur (p. ex., en cas de contestation sur le moment d'émission de l'ordre). Le problème a semble-t-il peu attiré l'attention de la doctrine.

V. toutefois M. FONTAINE, *op. cit.*, p. 37 et N. L'HEUREUX et L. LANGEVIN, *op. cit.*, p. 272; J. HUET, "Aspects juridiques du télépaiement", *J.C.P.*, 1991, éd. G. I (doctr.) 3524, p. 287 et s. évoque le problème mais sans y apporter vraiment de solution. Comp. à propos de la carte American Express, C. HOFFMAN-JOUBERT, *Étude sur la carte American Express*, DEA, 1986, p. 76.

Comp. en matière de virement Bruxelles, 1er décembre 1964, *Pas.* 1965, II, 269 (problème de l'opposabilité au bénéficiaire d'un extrait de compte délivré au donneur d'ordre par l'Office des chèques postaux) commenté par J. VAN RYN et J. HEENEN, "Examen de jurisprudence (1961-1969) Titres négociables, opération de bourse, opérations de banques" *R.C.J.B.*, 1972, p. 402 et s.

(suite...)

considérer comme toujours exactes les données reprises sur les enregistrements (122).

Si elle a un effet plus limité que celui auquel elle prétend, la clause a tout de même pour conséquence

1°) de rendre admissibles des éléments de preuve tirés de "documents informatiques";

2°) de doter l'institution financière d'une présomption d'autant plus forte que le client a très peu d'éléments de preuve en sa possession et que les mesures de sécurité entourant la production et la conservation du document sont sérieuses (123).

Par là se trouve esquissé le lien entre une question juridique, l'effet d'une convention sur la preuve et une question technique, le niveau de sécurité d'un système de paiement. C'est ce second volet capital que nous abordons maintenant.

(121) (...suite)

En Belgique, les conventions qui unissent les institutions financières aux commerçants bénéficiaires indiquent que "le commerçant accepte sans réserve que les ordres de transfert soient transmis et exécutés conformément aux données qui sont enregistrées par le centre informatique de la banque ou du groupement qui la représente. Il reconnaît que les données enregistrées sont correctes et contraignantes pour toutes les parties concernées". Ce dernier membre de phrase comporte, semble-t-il, une stipulation en faveur du client en cas de litige avec le commerçant sur les données de la transaction. En l'absence d'une telle clause, ne peut-on considérer que le commerçant qui accepte le paiement par voie électronique admet de façon implicite mais certaine que lui soient opposés non seulement par la banque mais par le donneur d'ordre les enregistrements informatiques produits par le système? La réponse nous paraît affirmative. De façon générale, il est juridiquement possible de tirer d'une convention (entre le banquier et le donneur d'ordre) un élément de preuve opposable à un tiers. C'est ce que J. DUCLOS (*L'opposabilité*, L.G.D.J., 1984, p. 54 et s.) appelle "l'opposabilité probatoire" des conventions.

(122) La loi du 22 juillet 1991 permettant la preuve par copie pour les banques, les caisses d'épargne privées et les compagnies d'assurances (*M.B.*, 6.09.91, p. 19456) devrait cependant jouer en faveur des institutions financières. Sur cette loi, J.-P. BUYLE, "Nouvelles règles en matière de preuve par copie de documents", *J.T.*, 1993, p. 197 et s.

(123) Voir à cet égard les principes contenus dans la recommandation du Conseil de l'Europe du 11 décembre 1981, visant à l'harmonisation des législations en matière d'admissibilité des reproductions de documents et des enregistrements informatiques.

SECTION 2

LA SECURITE DES SYSTEMES AUTOMATISES DE PAIEMENT : QUAND LE DROIT PREND LA TECHNIQUE AU SERIEUX

A. Innovation technique, problèmes juridiques : aperçu général

36. La disparition de la signature manuscrite n'est que le révélateur d'un phénomène plus général : avec les paiements automatisés, s'estompent ou disparaissent les éléments personnels au donneur d'ordre soumis au contrôle du banquier. Par-delà les transformations affectant la signature (124) s'exprime un changement dans la philosophie des systèmes de paiement.

Sur le plan juridique, on l'a vu, il est possible d'assimiler les procédés d'authentification automatique à une signature (v. *supra*, n° 26 et s.). Toutefois - et ceci paraît capital - la simple *observation* dénuée de toute intention d'analyse juridique, montre qu'entre une signature manuscrite et un procédé d'authentification automatique, des différences considérables subsistent.

Pour les ordres traditionnels (chèque, virement) le contrôle effectué par l'institution financière est une procédure de *reconnaissance* du signe porté sur l'instruction de paiement. Pour que la reconnaissance puisse s'opérer, il faut forcément que l'émetteur de l'ordre ait préalablement communiqué sa signature à l'ouverture du compte et la révèle une nouvelle fois sur chaque ordre qu'il entend faire exécuter.

(124) La signature n'est pas le seul élément du titre (chèque, ordre de virement...) soumis à contrôle. Comme le souligne, M. GAYALDA, (obs. *J.C.P.*, 1964, II, 13877, Ic), c'est un contrôle global qui doit s'opérer portant aussi sur le titre que sur les circonstances de l'ordre (montant disproportionné par rapport au solde créditeur en compte, emploi d'un procédé curieux, désignation d'un compte inhabituel); cf. aussi les exemples cités par J. VEZIAN, *La responsabilité du banquier en droit privé français*, Litec, 1983, p. 114, n° 180. Avec l'automatisation, ce contrôle de plausibilité et des circonstances est appelé à s'estomper.

Rien de tout cela avec l'utilisation d'un code dont les vertus d'authentification ne reposent pas sur une caractéristique personnelle de l'émetteur dûment reconnue par le destinataire.

Au contraire, il est préférable que le code soit *impersonnel* et il est impératif qu'il soit gardé secret par la personne à laquelle il a été attribué *même à l'égard de l'institution financière qui le délivre*. Il est d'ailleurs invisible sur "le document" transmis à l'institution financière.

Le message s'adresse en priorité à un système de traitement et ne comprend pas "en clair" l'adhésion de l'émetteur.

Le titre lisible à l'oeil nu disparaît et avec lui le contrôle de la régularité (125) et de la conformité *apparente* du signe porté sur le titre avec un modèle, une signature de référence déposée à l'ouverture du compte (126). A ce niveau plus de faute lourde possible du banquier. Celui-ci se voit ainsi déchargé de décisions parfois difficiles à prendre.

37. L'introduction de chiffres tests, codes et autres totaux de contrôle dont les éléments de calcul sont confidentiels, connus du seul titulaire diminue la marge d'appréciation du banquier.

La réception par celui-ci d'un message formellement correct suite à l'utilisation sans incident de la procédure d'accès prévue lui permet de supposer que le message a été expédié de façon volontaire par l'émetteur autorisé identifié avec une probabilité suffisante (127).

Ou la procédure est correctement appliquée et le message est accepté pour suite voulue. Ou elle ne l'est pas et aucune suite n'est

(125) Le "document frauduleux" ne porte plus traces de grattage ou de surcharge tels qu'on pouvait en trouver sur des chèques falsifiés (v. p. ex. Paris, 28 mars 1990, *D.S.*, 1990, I. R., p. 97).

(126) Sans faire du banquier un expert en graphologie, la jurisprudence sur les chèques et les ordres de virement requiert de lui qu'il procède à un examen attentif du titre lui permettant de repérer les discordances et les irrégularités manifestes. A ce sujet, F. TOP, "Is de eigenaar van verloren of gestolen cheque formulieren voldoende beschermd in het eurochequesysteem?" in *Liber Amicorum Jan Ronse*, Story Scientia, 1986, p. 469 et s.; F. GRUA, *op. cit.*, p. 142 et s.

(127) C'est que MM. AMORY et Y. POULLET (*op. cit.*, 1989, p. 42) appellent le principe de la confiance.

donnée. C'est le règne du "tout ou rien" qui est aussi la loi des systèmes binaires utilisés en informatique.

Si la responsabilité du banquier en ce qui concerne l'appréciation d'éléments personnels au client se trouve allégée, le contrôle et donc sa responsabilité possible se déplacent sur d'autres terrains. Par un jeu de compensation émergent ou se renforcent les obligations relatives à la sécurité des systèmes. Ceux-ci, avec des nuances que l'on évoque plus loin doivent être dotés des moyens de prévenir les fraudes ou d'en limiter les effets.

38. Un donné technique nouveau entraîne, si l'on peut dire, une nouvelle "donne" sur le plan juridique. Une répartition des tâches originale s'opère entre le banquier et son client.

Soulignons-en les grands traits et les points névralgiques.

Le client a une obligation de *confidentialité*; (128) il ne peut communiquer ses moyens d'accès à des tiers ou leur révéler les éléments (p. ex. le code secret) permettant une utilisation frauduleuse. Apparaissent immédiatement deux questions très liées. 1. Quelle est la portée de l'obligation incombant ainsi au client ? 2. Quelle conclusion tirer de l'utilisation efficace des moyens d'accès par un tiers non autorisé ? Manquement de la part du client ou défaut de sécurité du système ?

Le client a aussi une obligation de *vigilance* et de *diligence* (129): si malgré les précautions prises, la procédure d'accès venait à être connue ou les moyens d'accès dérobés, obligation lui est faite d'en prévenir la banque qui, à son tour, doit "faire le nécessaire" (130) pour empêcher les fraudes. Ici encore le donné technique prête à conséquence: si la contrefaçon, ou l'imitation d'une signature manuscrite

(128) Cette obligation est prévue conventionnellement mais peut, selon la doctrine suisse, se déduire du principe de bonne foi (I. BILLOTTE-TONGUE, *Aspects juridiques du virement bancaire*, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1992, p. 44).

(129) Ici encore l'obligation de faire opposition et de prendre les mesures nécessaires peuvent se déduire du principe général de droit civil imposant aux parties l'obligation de faire ce qui est en leur pouvoir pour limiter le dommage (X. FAVRE-BULLE, *op.cit.*, p. 144). Les conventions et les lois confirment et surtout précisent utilement les conditions et les effets de l'opposition.

(130) La portée de cette expression est précisée par la suite (v. *infra*, n° 59 et s.).

doit être répétée avec plus ou moins de succès en fonction de la vigilance du guichetier auquel est présenté le titre, la soustraction d'un code secret est faite une fois pour toutes et emporte des risques de débit considérables si les mesures adéquates ne sont pas prises. D'où l'importance de l'*opposition* concept d'ailleurs ambigu qui vise tant la notification par le client de la soustraction des moyens d'accès que la mise en oeuvre ultérieure par la banque de procédures de blocage.

A propos de l'opposition, facteur clé de la répartition des responsabilités (des risques?), entre le client et la banque se posent ainsi une série de questions. Dans quel délai et selon quelles modalités le premier nommé doit-il y procéder ? Dans quel délai la seconde doit-elle y donner suite ?

39. Cette présentation générale des zones névralgiques où se dessinent les obligations et les responsabilités respectives, doit être précisée à la lumière des décisions jurisprudentielles et des législations récentes réglementant la matière. Les décisions jurisprudentielles commentées en premier lieu (B) ont été, pour la plupart, rendues en l'absence de loi spécifique. La jurisprudence recensée reste cependant d'actualité: les débats qui la traversent n'ont pas été complètement tranchés par les initiatives législatives récentes (C).

B. Approches jurisprudentielles de la sécurité des systèmes

§ 1. Les hésitations de la jurisprudence française

40. Le 1er décembre 1980, la Cour d'appel de Paris (131) tranchant un litige portant sur l'imputation de débits pratiqués dans un DAB au moyen d'une carte volée, a dégagé le client de toute responsabilité au motif que la banque n'avait prouvé aucune imprudence ou négligence dans la garde de son code secret.

(131) Paris 1er décembre 1980, *Dr. inform.*, 1986/3, p. 124; *D.S.*, 1981, p. 369 et s. note critique GAVALDA.

Selon la Cour "... cette preuve ne peut être déduite du seul fait que le voleur a pu faire fonctionner le distributeur automatique de billets [et]... il n'est pas exclu que, par suite d'une défaillance du système de sécurité du distributeur, celui-ci puisse fonctionner à l'aide de la seule carte, sans le secours du numéro de code personnel,..."

Fort à l'avantage du client, cette solution met la banque dans une situation inconfortable. Il lui est difficile si ce n'est en faisant admettre aux tribunaux que le fonctionnement du DAB laisse présumer une communication du code confidentiel au voleur, de prouver que le client a commis une faute dans la garde du code confidentiel, sauf aveu du client ou du voleur, ce qui est bien aléatoire (132).

41. Un second courant plus récent et plus favorable au banquier est apparu en jurisprudence française.

Ainsi, les Cours d'appel de Pau (133), de Douai (134) et de Paris (135) considèrent-elles que toute utilisation par un tiers fraudeur de la carte, suite au vol ou à la perte de celle-ci, ne peut provenir que d'une faute du titulaire dans la garde de son code secret (136).

Ce faisant, les trois juridictions postulent très clairement que le système est fiable et ne peut fonctionner sans code confidentiel. L'arrêt de la Cour de Pau qualifie de "spéculation intellectuelle" l'argumentation du client selon laquelle "un voleur particulièrement doué en électronique ou en informatique ou particulièrement chanceux aurait pu décrypter son numéro confidentiel ou le trouver par hasard" (137). De même, la Cour d'appel de Paris dans son arrêt du 29 mars 1985 considère-t-elle que

le titulaire d'une carte "Eurochèque-Distribanque", en adhérant au contrat "a par là même reconnu l'impossibilité de retirer des billets du distributeur sans l'utilisation non seulement de la carte Distribanque mais également du code confidentiel l'accompagnant, en raison des caractéristiques techniques de l'appareil" (138).

Si le système est fiable et ne peut fonctionner sans code, c'est au client que revient la charge de la preuve.

Jurisprudence extrêmement sévère pour le client : sa faute est tout simplement présumée (139) ; de plus, selon les décisions précitées, il n'est pas nécessairement dégagé de sa responsabilité en déclarant la disparition de sa carte à sa banque. La banque n'est considérée comme fautive pour n'avoir pas pris les mesures d'opposition nécessaires que si le client lui a déclaré expressément la perte ou le vol du code confidentiel.

43. Une évolution paraît s'amorcer dans deux arrêts de la Cour de cassation de France du 8 octobre 1991 (140) dont l'interprétation demeure toutefois malaisée, apparemment pour des raisons de procédure. Dans la première espèce, (affaire Hémadou), la Cour paraît considérer qu'en cas de vol de la carte donnant lieu à des retraits frauduleux, il revient à la banque de démontrer l'imprudence du titulaire dans la garde

(132) Ch. GAVALDA, note précitée, p. 372.

(133) Pau 17 octobre 1984, *Dr. inform.* 1986/3, p. 126; *D.* 1985, I.R., p. 343 obs. VASSEUR.

(134) Douai 26 octobre 1983, *Dr. inform.* 1986/3, p. 121.

(135) Paris, 29 mars 1985, *Dr. inform.*, 1986/3, p. 122.

(136) Pour un commentaire, Conseil National du Crédit, *Rapport du groupe de travail sur les aspects juridiques des nouveaux moyens de paiement*, Direction des Journaux officiels, juillet 1986, p. 45 et 55.

(137) La Cour a même refusé dans ce cas d'ordonner une expertise, *Dr. Inform.* 1986/3, p. 126.

(138) Encore faut-il ajouter qu'en l'espèce cinq appareils différents avaient pu être utilisés à huit reprises après la déclaration du vol de la carte, ce qui permettait à la Cour d'inférer que le titulaire n'avait pas respecté ses engagements.

(139) Conseil National du Crédit, 1986, *op. cit.*, p. 45. Cf. cependant la décision de la Cour d'appel de Versailles du 21.12.90 (INC, Hebdo, n° 731, 21 juin 1991) selon laquelle la faute du titulaire de la carte doit être rapportée.

Encore faut-il préciser que la banque en l'espèce avait commis plusieurs fautes (diffusion tardive de l'opposition, archives incomplètes...) qui ont peut-être influencé la décision.

(140) Cass. fr. (ch. com.) 8 octobre 1991 (2 espèces), D.S., 1991, p. 581 et s., note VASSEUR; Ch. GAVALDA et J. STOUFFLET, "Chronique de droit bancaire" *J.C.P.* (éd. E), 1992, I, p. 302 et s.; *D.I.T.*, 1991/4, p. 39 et s., note J.L. et obs. R. TRINQUET.

du code secret (141). Encore faut-il souligner que pour des motifs tenant à la façon dont le procès avait été traité devant le juge du fond, le banquier avait omis de se prévaloir de la présomption de faute que le contrat (apparemment rédigé avant la recommandation européenne du 17 novembre 1988) faisait peser sur le titulaire.

Dans la seconde espèce, (affaire Camuel), l'arrêt rendu à propos d'un retrait de billets par un voleur après opposition a rejeté le pourvoi contre un jugement qui avait retenu la responsabilité de la banque au motif qu'alertée par l'opposition "la banque n'a pas utilisé tous les moyens à sa disposition pour que les retraits ne soient pas effectués et que, dès lors, elle n'a pas satisfait à l'obligation de moyens qui pèse sur elle" (142).

Bien qu'elle n'y fasse pas explicitement référence, cette solution paraît s'inspirer de la recommandation européenne du 17 novembre 1988 qui donne un effet très énergique à l'opposition (v. *infra*, n° 48).

§ 2. La jurisprudence belge

44. Si la jurisprudence belge s'est initialement orientée dans une direction différente de la jurisprudence française, elle le doit sans doute

(141) Selon MM. GAVALDA et STOUFFLET, chron. citée, p. 303 "Il apparaît acquis que la Cour de cassation ne se contente pas du postulat de l'inviolabilité technique des DAB". La jurisprudence hollandaise paraît elle aussi évoluer dans un sens plus favorable au titulaire des moyens d'accès. Comp. Geschillencommissie Bankbedrijf 21 octobre 1987 *Computerrecht* 1988/3, p. 152 et s. note STUURMAN; Geschillencommissie Bankbedrijf 17 mai 1988, *Computerrecht*, 1989/1, p. 39 et s. Dans ces deux cas selon la Commission, le client prétendant ne pas pouvoir être sur les lieux du retrait parce qu'au travail ou malade à la maison ne fournit pas une preuve suffisante contraire aux enregistrements de la banque prouvant que les moyens d'accès avaient bel et bien été utilisés. Les décisions ultérieures paraissent plus clémentes pour le titulaire; Geschillencommissie Bankbedrijf 24 avril 1990, *Computerrecht*, 1990/4, p. 200 et s., note Ch. KNOBBOUT-BETHLEM (La Commission considère que la banque n'apporte pas une preuve suffisante de la négligence du client dans la garde du code, par la simple production de ses enregistrements). Pour un commentaire plus approfondi, Ch. KNOBBOUT-BETHLEM, *op. cit.*, 1992, p. 174 et s., et p. 216 (discussions sur le montant des retraits et sur la fiabilité de la machine).

(142) Comme le souligne M. VASSEUR, dans sa note, c'est bel et bien une obligation de résultat qui pèse sur la banque. Comp. R. TRINQUET, *op. cit.*, p. 47 qui y voit "une obligation de moyens renforcée". (Pour plus de détails, v. *infra*, n° 60).

aux spécifications techniques des systèmes (en temps réel) et au contexte contractuel particulier à la Belgique.

Avant que ne surviennent les modifications dues à l'introduction de la recommandation européenne et de la loi du 12 juin 1991 sur le crédit à la consommation, les contrats passés entre la banque et le titulaire des moyens d'accès aux terminaux installés dans des lieux publics reposaient sur le système suivant : le titulaire du compte supporte le risque intégral des opérations effectuées à la suite du vol, de la perte ou de l'usage abusif des moyens d'accès, avant d'avoir signalé les opérations illicites ou le risque d'opérations illicites à la banque et avant que celle-ci ait pu prendre des mesures adéquates pour éviter toute nouvelle opération au moyen de la carte perdue ou volée.

La responsabilité du titulaire cesse à partir du moment où il a procédé à la notification à sa banque et où celle-ci a pu prendre les mesures nécessaires pour bloquer l'utilisation frauduleuse des moyens d'accès (143).

Dans les grandes lignes, ce système, où l'opposition tient un rôle central puisqu'elle fait basculer la charge des risques, était commun aux trois "règlements" gouvernant l'utilisation des cartes de paiement en Belgique (Mister Cash, Bancontact, Postomat).

Il est important d'avoir ce système à l'esprit pour comprendre les décisions rendues respectivement par le tribunal de commerce de Liège,

(143) Certains règlements belges spécifiaient très précisément le moment où la banque devient responsable, comme le montre la clause suivante :

"La Banque garantit qu'aucune opération ne pourra plus être effectuée au moyen de la carte deux heures après que l'agence aura été avisée de la perte ou du vol à condition que cet avis ait été donné dans les heures d'ouverture de l'agence et au plus tard à 15 heures. Si l'avis de perte ou de vol est donné en dehors des heures indiquées ci-dessus, la Banque garantit qu'aucune opération ne pourra plus être effectuée deux heures après la prochaine ouverture de l'agence".

le 19 janvier 1984 et par la Cour d'appel de la même ville le 22 février 1985 (144).

L'hypothèse était celle de retraits frauduleux suite à la perte d'une carte, retraits postérieurs à la déclaration de perte par le titulaire. La question posée aux juges était la suivante : qui, de la banque ou du client doit supporter la perte des montants prélevés (73 000 FB) entre le 1er mars 1982, montant où la cliente déclare la perte de sa carte et le 19 avril 1982, moment où suite aux récriminations de sa cliente, la banque prend effectivement les mesures nécessaires pour rendre inutilisable la carte disparue ?

Selon le tribunal, la cliente a commis une faute contractuelle en communiquant son code secret à son fils et une négligence en s'abstenant de prendre connaissance de ses extraits de compte entre le 1er mars et le 16 avril, date à laquelle elle a constaté les retraits frauduleux.

Quant à la banque, elle s'est abstenue de prendre les mesures nécessaires pour empêcher l'utilisation de la carte dès que la disparition lui en a été signalée.

Des fautes ont donc été commises de part et d'autre. Un partage des responsabilités se justifie-t-il pour autant ? Très nettement, le tribunal suivi par la Cour d'appel rejette cette solution et conclut à la responsabilité exclusive de la banque.

D'une motivation très complète, on épinglera l'attendu suivant :

"Attendu que... l'article 5 du règlement Bancontact (145) met à charge du banquier une obligation de résultat, tout manquement à celle-ci constituant la cause *exclusive* (nous soulignons) des retraits effectués après que la banque a pu faire le nécessaire pour les éviter..."

(144) Sur ces décisions, B. AMORY et X. THUNIS, note sous trib. comm. Liège, 19 janvier 1984, *Dr. inform.*, 1984/2, p. 29 ; B. AMORY, note sous Liège 22 février 1985, *Dr. inform.*, 1985/3, p. 28 ; J.P. BUYLE, "La carte de paiement électronique" in *La banque dans la vie quotidienne*, Ed. du Jeune Barreau, 1986, p. 480 ; L. SIMONT et A. BRUYNEEL, "Chronique de droit bancaire privé. Les opérations de banque (1979-1986)" *Rev. Banque* 1987/6, p. 52 et s.

(145) Le règlement Bancontact de l'époque indiquait notamment qu'en cas de perte ou de vol de la carte, "l'institution financière prendra les mesures nécessaires pour en empêcher l'utilisation frauduleuse".

Bref, la banque a l'entière responsabilité des retraits frauduleux après l'opposition du client même si celui-ci a auparavant commis la faute de divulguer son code secret à une tierce personne.

45. Deux autres décisions ont été rendues par les juridictions de Verviers (146) dans une affaire particulièrement intéressante : le dimanche 31 octobre 1982, le titulaire d'une carte Postomat se fait voler un sac dans son véhicule, sac contenant sa carte ainsi qu'un agenda mentionnant le numéro de code secret. Dès qu'elle s'en rend compte, la victime veut avertir l'Office des chèques postaux mais ne peut le faire que le 2 novembre, à l'ouverture des guichets, le système de réception des avis de perte ou de vol ne fonctionnant pas la nuit, les week-ends et les jours fériés.

Le voleur, diligent, parvient pendant ce temps à débiter le compte de 40.000 F.

Tout en admettant la faute du titulaire des moyens d'accès, tant le juge de paix que le tribunal de première instance de Verviers mettent le préjudice entièrement à charge de la Régie parce que son système ne présente pas une sécurité suffisante, ce qui constitue la cause directe du dommage.

Les attendus du juge de paix sont particulièrement nets à cet égard :

"Attendu dès lors qu'à bon droit, le demandeur fait valoir qu'en mettant sur pied un système qui se trouve complètement bloqué au niveau de la sécurité durant les week-ends, alors que c'est précisément à ce moment que le système est le plus susceptible d'être utilisé, notamment par les voleurs, sans en avertir de façon claire et précise les utilisateurs, la défenderesse a commis une faute..."

Attendu que la faute commise par la défenderesse rend sans effet la faute préalable commise par le demandeur..."

(146) J. P. Verviers, 23 novembre 1984 et civ. Verviers, 8 janvier 1986, *D.I.T.*, 1988/3, p. 58 et s. note M. SCHAUS.

46. Confrontées à la question délicate de l'imputation des débits illicites rendus possibles par les fautes concurrentes du client et de l'organisme financier, les juridictions verviétosises, tranchent dans le même sens que les juridictions liégeoises.

En ne donnant pas effet à une opposition qui a été notifiée ou qui aurait dû pouvoir l'être si le système avait été adéquat, le banquier commet une faute qui est la cause exclusive du préjudice, même si le titulaire du compte a lui-même commis antérieurement une faute (contractuelle), manquement à l'obligation de confidentialité ou de garde des moyens d'accès. Cette solution rejoint l'enseignement du Professeur Gavalda selon lequel "l'opposition coupe le lien de causalité, même si, on le sait, le client avait commis une faute atténuatrice ou exonératoire de la responsabilité de la banque tirée" (147). Cette solution est contestée par la doctrine belge (148) qui prône un partage des responsabilités tenant compte de l'incidence de la faute du créancier de la restitution des fonds (i.e. le titulaire du compte) sur la production du dommage (149) (v. nos réflexions *infra*, n° 60 et s.).

(147) Ch. GAVALDA, note sous Cass. fr. 20 juin 1977, *D.S.*, 1978, I, p. 400; du même auteur note sous Paris, 1er décembre 1980, *D. S.* 1981, I, p. 372 particulièrement la note (6). Dans le même sens B. STAUDER, *op. cit.*, p. 236 qui souligne que cette solution rigoureuse pour le banquier a eu pour effet, aux Etats-Unis, d'améliorer significativement l'efficacité des mesures de blocage.

(148) J.P. BUYLE, "La carte de paiement électronique" *op. cit.*, p. 480; L. SIMONT et A. BRUYNEEL, *op. cit.*, p. 52 et s.; M. SCHAUS, *op. cit.*, p. 61.

Sans doute la conception du Professeur GAVALDA s'insère-t-elle mieux, comme il l'indique lui-même, dans un système de la proximité de la cause: "le dommage n'est-il pas imputable à celui qui a eu la dernière chance (the last clear chance) d'éviter sa réalisation" (note citée *D.S.*, 1978, p. 400).

La jurisprudence hollandaise en matière de cartes paraît aller dans le même sens que la jurisprudence belge (Ch. KNOBBOUT-BETHLEM, *op. cit.*, p. 203).

(149) Pour une hypothèse inverse où, en présence de fautes concurrentes de la banque et de la cliente, les juridictions ont considéré que la faute de la cliente (absence de destruction de la carte non restituée suite à la clôture du compte) était la cause exclusive du dommage subi par elle, v. J.P. Bruxelles (6e cant.) 28 janvier 1987, *J.T.*, 1987, p. 601 et en appel civ. Bruxelles 10 juin 1988, *J.T.*, 1989, p. 148; *Rev. Banque* 1988/9, p. 57. (En l'espèce, il y avait eu utilisation frauduleuse d'une carte alors même qu'elle était clôturée le compte auquel celle-ci se rattachait). Comp. en jurisprudence australienne *Kennison v. Daine*, cité par C. SULLIVAN "Unauthorized automatic teller machine transactions", *Australian Business Law Review*, June 1987, p. 192. Comp. en matière de chèques garantis, Liège (suite...)

47. On peut synthétiser la jurisprudence belge antérieure à la recommandation européenne de la façon suivante:

1°) L'obligation de prévention de la banque, une fois l'opposition notifiée, est une *obligation de résultat*. Elle doit prendre immédiatement des mesures efficaces sans pouvoir les retarder en fonction de considérations d'opportunité.

2°) La banque a l'entière responsabilité des retraits frauduleux après l'opposition du client même si celui-ci a auparavant commis une faute telle que la divulgation du code secret à une tierce personne.

3°) L'émetteur a l'obligation de mettre sur pied un système qui permette de recevoir les oppositions de façon permanente, même les week-ends et jours fériés. L'absence d'un tel système constitue une faute de conception dont l'émetteur doit supporter toutes les conséquences dommageables, la faute du client étant sans incidence.

4°) Avant opposition, bien que la jurisprudence ne se soit pas, à notre connaissance, explicitement prononcée, on peut supposer que le client supporte *intégralement* les dommages liés à l'utilisation frauduleuse de ses moyens d'accès. C'est sur ce dernier point que les législations récentes apportent la modification la plus significative, en *plafonnant* la responsabilité du titulaire avant opposition.

C. Approches législatives (150)

§ I. Recommandation européenne du 17 novembre 1988 (151)

48. L'importance de ce texte qui s'applique de façon générale aux paiements par carte électronique ou non et dont doivent tenir compte les

(149) (...suite)

2 novembre 1989, *R.R.D.*, 1990, p. 76 et s.; comm. Bruxelles, 15 mai 1991, *R.D.C.B.*, 1992/11, p. 967 et s., obs. J.P. BUYLE et X. THUNIS, spéc. p. 973 et s.

(150) On se limite à quelques approches particulièrement importantes.

(151) Sur la recommandation, le lecteur soucieux d'approfondissement consultera avec profit le remarquable ouvrage de X. FAVRE-BULLE.

conventions proposées par les émetteurs justifie des développements complémentaires (152).

Sécurité, tel paraît bien être le concept-clé de la recommandation qui impose tant au titulaire (α) qu'à l'émetteur des moyens d'accès (β) un certain nombre d'obligations destinées à prévenir les incidents de paiement ou à en limiter les conséquences. L'opposition tient ici une place centrale (γ).

49.

α) 1° Le titulaire a une obligation de prudence

Celle-ci est explicitement précisée par la recommandation qui lui impose de "prendre toutes les mesures propres à assurer la sécurité du moyen de paiement et du procédé (tel que le code confidentiel) permettant de l'utiliser" (art. 4.1 a).

On peut s'interroger sur l'étendue de l'obligation de sécurité qui pèse sur le client et sur les conséquences d'une défaillance. L'utilisation frauduleuse de la carte par un tiers permet-elle d'inférer que d'une façon ou d'une autre, le titulaire a communiqué son numéro d'accès, commettant par là une "négligence extrême" qui le prive du bénéfice de la limitation de responsabilité prévue par la recommandation (art. 8.3). La recommandation ne paraît pas sur ce point avoir mis fin aux hésitations manifestées en jurisprudence: elle ne définit pas la négligence

(152) Les conventions proposées par les banques se mettent progressivement en conformité avec la recommandation.

extrême (153), et détermine encore moins à qui en incombe la preuve (154).

2° Le titulaire a également une *obligation de vigilance*. Il doit informer "l'émetteur ou une agence centrale, sans délai excessif après la constatation:

- de la perte, du vol ou de la contrefaçon du moyen de paiement ou du procédé permettant de l'utiliser;
- de l'enregistrement d'opérations non autorisées sur son compte;
- de toute erreur ou autre irrégularité dans la gestion de son compte par l'émetteur" (art. 4.1b).

Les deux dernières hypothèses font référence à l'obligation pour le titulaire de consulter ses extraits de compte et de réagir en cas d'irrégularité constatée à la lecture de ceux-ci. Cette obligation deviendra d'autant plus intense que les transferts, suite à l'automatisation s'opèrent rapidement et que la collaboration du client est requise pour procéder à la rectification des irrégularités affectant la tenue de son compte (155). Toute négligence à cet égard peut favoriser l'aggravation de retraits frauduleux.

C'est sans conteste en cas de dépossession des moyens d'accès (1ère hypothèse) qu'une opposition rapide s'impose.

(153) X. FAVRE-BULLE, *op. cit.*, p. 161 et s.; p. 174 et s. Il ne s'agit pas d'une fraude consistant à utiliser un instrument de paiement dont le titulaire a annoncé la perte ou le vol. Il semble qu'il s'agisse d'une faute lourde. Selon L. CORNELIS ("La faute lourde et la faute intentionnelle", *J.T.*, 1981, p. 516) "la faute lourde contractuelle bouleverse l'économie du contrat: il s'agit de la méconnaissance d'une obligation qui touche à l'essence du contrat". Cette définition reste fort générale. Si l'inscription du code sur le "moyen" de paiement est une négligence caractérisée, qu'en est-il du numéro de code "noyé" au milieu de chiffres factices, d'une carte laissée dans un bureau, dans un sac à main..."; La négligence "extrême" semble fort proche de la faute grave en droit des assurances: "celle qui entraîne une aggravation du risque au point de détruire l'économie du contrat, aggravation dont l'assuré avait ou devait avoir conscience". (cité par J.L. FAGNART; "Examen de jurisprudence. Les assurances terrestres (1981-1990) *R.C.J.B.*, 1991, p. 702).

(154) Ce qui est fondamental et dépend en définitive de la nature de l'obligation de moyen ou de résultat pesant sur le titulaire (*v. infra*, n° 58 et s.).

(155) Sur l'importance d'une telle consultation, *v. p. ex.* la législation américaine ci-après n° 54; pour une critique de la recommandation sur ce point X. FAVRE-BULLE, *op. cit.*, p. 162.

La recommandation n'est pas très précise sur les conditions dans lesquelles doit se faire l'opposition (156). Elle doit être faite "sans délai excessif" à dater de la constatation de la dépossession. Mais comment juger d'un délai excessif? Le point de départ de celui-ci est laissé à la totale discrétion du porteur. S'il est négligent ou si simplement il utilise peu ses instruments de paiement, il risque de mettre du temps à en constater la disparition. La preuve du moment de la constatation qui est un pivot pour apprécier le comportement du titulaire risque de s'avérer bien difficile pour l'émetteur (157).

50. β) Les obligations de l'émetteur se déduisent largement du système de répartition des "responsabilités" (158) mis en place par le législateur européen en cas d'incident de paiement.

L'article 8.1. tout d'abord prévoit que "Chaque émetteur met ses clients en mesure de l'aviser jour et nuit de la perte, du vol ou de la contrefaçon de leurs moyens de paiement". Ce texte traduit bien "l'obligation de sécurité" imposée aux émetteurs à raison des systèmes qu'ils offrent au public.

(156) Il est pourtant utile de prévoir certaines formes à l'opposition (télex, télégramme...) afin d'éviter toute discussion sur l'existence de l'opposition et même sur l'instant précis (date, heure) à laquelle elle a été signifiée. Sur les incertitudes que fait naître une opposition verbale, v. CABRILLAC et RIVES-LANGE, *Rev. trim. dr. com.*, 1979, p. 295. La jurisprudence française se montre rigoureuse à l'égard des titulaires de compte dont l'opposition prend cours, en cas de contestation, à la date de la réception par l'établissement émetteur de la lettre de confirmation.

Trib. com. de Paris, 3^e ch., 4 mai 1977, *D.*, 1978, I.R., p. 310, obs. VASSEUR; *Rev. trim. dr. com.*, 1979, p. 295, obs. CABRILLAC et RIVES-LANGE. Plus récemment, Cass. fr. (ch. com.) 23 juin 1987, *D.I.T.*, 1988/3, p. 38 et s. note J. HUET. V. aussi X. FAVRE-BULLE, *op. cit.*, p. 144. En pratique existent des procédures originales de réception d'opposition données par téléphone. Un numéro de dossier est transmis au client par le centre chargé de la gestion du réseau, numéro qu'il est prié de noter et qui est enregistré par le système.

(157) V. à cet égard X. FAVRE-BULLE, *op. cit.*, p. 141 et s. et la référence aux projets de textes antérieurs plus rigoureux pour le titulaire.

(158) On se conforme à la terminologie de la recommandation. Il vaudrait sans doute mieux parler de risques dans la mesure où les dommages ne sont pas toujours répartis en fonction d'une faute contractuelle qu'il s'agit de sanctionner (v. *infra* n° 67 et s.).

L'article 8.2 ensuite établit le principe de libération du titulaire dès l'opposition, ce qui indirectement impose à l'émetteur de mettre en place un système d'opposition à effet quasi immédiat (159).

51. c) La notification (opposition) est un élément essentiel de la répartition des responsabilités prévue par la recommandation.

Comme dans le système belge antérieur à la loi du 12 juin 1991, la notification est le point de départ du partage des responsabilités. Sauf en cas de "négligence extrême" ou de fraude, le client n'est plus responsable à partir du moment où il a avisé l'émetteur (ou une agence centrale) (art. 8.2.). Les pertes subies avant la notification sont à charge du titulaire contractant "jusqu'à un seuil équivalent à 150 écus par événement, sauf s'il a fait preuve d'une négligence extrême ou a agi frauduleusement". (art. 8.3) (160).

Le système prévu présente quelques caractéristiques remarquables.

La plus notable est incontestablement la limitation de responsabilité (des risques) dont bénéficie le titulaire *avant notification de la perte ou du vol*. Mais cette limitation "saute" en cas de négligence extrême ou de fraude.

On a déjà évoqué l'imprécision du concept de "négligence extrême", traduction plus ou moins heureuse de la "grosse négligence" anglo-saxonne. Doit-elle être prouvée par l'émetteur ou faut-il la présumer à partir du fonctionnement du système? Cette question revient comme un leitmotiv parce qu'elle est essentielle.

Si l'on adopte le second terme de l'alternative, la limitation de responsabilité pourrait s'avérer fort théorique, non seulement avant notification *mais aussi après* notification de la perte ou du vol où par application de l'article 8.2 le titulaire contractant n'est plus responsable

(159) La rédaction de la recommandation n'est pas très heureuse. L'article 8.2 qui énonce le principe de la libération immédiate du titulaire dès la notification est difficile à concilier avec l'article 8.4 qui paraît n'imposer à l'émetteur qu'une obligation de moyen et non de résultat. Comp. les discussions reprises dans Comité consultatif, *op. cit.*, octobre 1990, p. 77 et s.

(160) Pour un commentaire approfondi, notamment de la notion "d'événement", X. FAVRE-BULLE, *op. cit.*, p. 161.

sauf, encore une fois, négligence extrême ou fraude. Le jeu de cette dernière exception pourrait rendre la situation du titulaire plus désavantageuse que dans le système belge antérieur à la loi du 12 juin 1991. De façon générale, il semble que le législateur européen ait combiné un peu maladroitement une approche fondée tantôt sur la faute tantôt sur le risque (161).

§ 2. Loi belge du 12 juin 1991 sur le crédit à la consommation

52. C'est dans la section 4 du chapitre IV consacrée aux ouvertures de crédit qu'est inséré l'article 61 qui traite de la répartition des risques en cas de perte ou de vol de la carte ou du titre (162).

Aux termes de l'article 61 de la loi, "En cas de perte ou de vol de la carte ou du titre visés à l'article 1er, 12°, le consommateur assume le risque résultant de l'usage abusif de la carte ou du titre, jusqu'au moment de la notification de la perte ou du vol, mais, sauf s'il a agi frauduleusement, seulement à concurrence des montants à déterminer par le Roi.

L'émetteur assume le risque résultant de l'usage abusif de la carte ou du titre après la notification de la perte ou du vol.

Lorsque le consommateur a fait preuve de négligence grave lors de la perte ou du vol de la carte ou du titre, le Roi fixe un plafond au moins cinq fois supérieur à celui visé au premier alinéa.

En cas de contrefaçon, l'émetteur de la carte ou du titre assume le risque résultant de l'usage abusif de la carte ou du titre".

Le champ d'application de la loi pose de SÉRIEUX problèmes d'interprétation (163). Sont couvertes par l'article 61 toutes les cartes de débit, de garantie, de crédit (même accréditives) qui permettent de disposer d'une ouverture de crédit pour autant que ce crédit soit soumis à la loi relative sur le crédit à la consommation. Ne sont pas

(161) Dans le même sens, X. FAVRE-BULLE, *op. cit.*, p. 175 et s. V; aussi nos commentaires *infra*, n° 67 et s.

(162) Pour une étude approfondie de la loi dont s'inspirent largement les pages qui suivent, E. MEYSMANS et X. THUNIS, *op. cit.*, p. 143 et s.

(163) A ce sujet, E. MEYSMANS et X. THUNIS, *op. cit.*, p. 148 et s.

couvertes par la loi les ouvertures de crédit remboursables dans un délai de maximum 3 mois et d'un montant inférieur à 50000 francs (art. 3, § 1er, 4° de la loi).

53. Il est significatif que l'article 61 parle, correctement d'ailleurs, de répartition des *risques*. Indépendamment de la faute d'un des protagonistes, il s'agit de savoir qui supporte les conséquences dommageables d'une soustraction des moyens d'accès.

La répartition des risques est conçue de façon classique : à partir du moment où le titulaire notifie à l'émetteur la soustraction de la carte, les risques liés à l'usage frauduleux de celle-ci se déplacent du premier vers le second. C'est surtout dans la période antérieure à la notification que la législation belge se distingue de la recommandation européenne.

La lecture de l'article 61 permet en effet de distinguer trois situations :

- en cas de *négligence ordinaire*, joue comme dans la recommandation européenne, le principe de la limitation des risques en faveur du consommateur à concurrence d'un montant fixé par le Roi (164).

- en cas de *fraude*, le titulaire supporte le risque intégral des opérations effectuées avec la carte. La solution est identique à celle retenue par la recommandation européenne;

- en cas de *négligence grave*, le titulaire assume les risques résultant de l'usage abusif à concurrence d'un montant à fixer par le Roi, qui doit être au moins cinq fois supérieur à celui fixé en cas de négligence ordinaire (165).

La législation belge se distingue sur ce point (166) de la recommandation européenne où la fraude et la négligence grave sont traitées de façon identique puisqu'elles entraînent toutes deux la responsabilité illimitée du titulaire.

(164) Ce montant a été fixé à 6 500 FB par l'article 1 de l'arrêté royal du 24 février 1992 (*M.B.*, 4.04. 1992, p. 7650).

(165) Soit en principe 32 500 FB. Pour plus de détails, voy. art. 1, al. 2 de l'arrêté royal précité.

(166) Pour une comparaison systématique, E. MEYSMANS et X. THUNIS, *op. cit.*, p. 155 et s.

La réglementation belge paraît particulièrement complexe. Il faut définir en quoi consiste la négligence grave et en quoi elle se différencie de la négligence ordinaire et aussi de la fraude. Comment par ailleurs les émetteurs pourront-ils apporter la preuve que le comportement relève de la fraude et non de la négligence grave? Les contrats entre émetteurs et titulaires pourront-ils préciser *a priori* les comportements relevant de la fraude et ceux de la négligence grave?

Même si elle est atténuée par le champ d'application limité de la loi belge (v. *supra*, n° 52), la discordance avec la recommandation européenne est gênante. Elle traduit la différence de philosophie des deux législations: le critère retenu par la recommandation est le *paiement*, celui adopté par la loi belge se fonde sur le lien que la carte entretient avec un *crédit* d'une certaine importance (durée ou montant) consenti par l'émetteur.

§ 3. Le système américain (EFTA)

54. L'EFTA a préféré une approche en termes de risques à répartir entre la banque et le client aux raisonnements fondés sur la faute, c'est-à-dire sur des critères abstraits qui font supporter au client une part plus ou moins importante du dommage en fonction de la gravité de son manquement.

La construction américaine consiste en une allocation des risques dans le temps: les débits antérieurs à la déclaration sont à charge du client et les débits postérieurs incombent à l'organisme financier. Cette construction se caractérise par l'instauration d'une responsabilité *plafonnée* et progressive en fonction de la rapidité du client à informer l'organisme financier de la perte ou du vol de ses moyens d'accès (167).

Un plafond général de 50 dollars constitue la règle si le client avise son organisme financier dans les deux jours bancaires ouvrables suivant la constatation du vol, de l'emploi abusif ou de la perte de ses moyens

d'accès (168) ou encore s'il signale l'emploi abusif dans les 60 jours à compter de la réception d'un extrait de compte périodique.

Un plafond plus élevé de 500 dollars ou la disparition du plafond sont des exceptions qui supposent une négligence du client (169).

Si le système américain semble fondé sur le concept de risque, la notion de faute n'en est pas pour autant écartée puisque la détermination du montant à charge du client dépend de sa diligence à avertir la banque, tout le problème étant d'ailleurs de fixer des plafonds suffisamment élevés pour inciter le client à la prudence.

On assiste en réalité à un glissement, le concept de faute étant pratiquement évacué pour apprécier le comportement du client dans la garde de ses moyens d'accès mais réapparaissant, par le biais de limites forfaitaires plus ou moins élevées, pour apprécier son comportement une fois que la garde de ces moyens est prise en défaut (170).

CHAPITRE IV

ANALYSE DES FACTEURS DETERMINANT LA RESPONSABILITE DU BANQUIER

55. Après avoir planté le "décor" (chapitre III) on isole les éléments principaux déterminant la responsabilité du banquier: la maîtrise, supposée ou effective, des facteurs techniques (*section 1*), la maîtrise conventionnellement renforcée, des éléments de preuve (*section 2*).

(168) Le délai est calculé à partir de la découverte effective par le consommateur de la perte ou du vol (v. sur ce point, M. ELLIS et F. GREGURAS, *op. cit.*, p. 144). Ceci risque de poser des problèmes de preuve insurmontables que ne connaissait pas le système conventionnel belge prenant pour critère le moment de la notification (v. *supra*, n° 44).

(169) Pour plus de détails, X. THUNIS et M. SCHAUS, *op. cit.*, p. 35 et s.; N. L'HEUREUX et L. LANGEVIN, *op. cit.*, p. 252 et s.; B. GEVA, *op. cit.*, 6-72 (avec des références jurisprudentielles).

Comp. le Jack Report qui recommande l'adoption d'un article de loi limitant la responsabilité du titulaire en cas d'opération non autorisée à 50£. L'institution financière est responsable de tout retrait après la notification (v. recommandation n° 10(10)).

(170) X. THUNIS et M. SCHAUS, *op. cit.*, p. 37.

(167) Cf. EFTA, § 909 Consumer Liability for unauthorized transfers.

Ces deux critères, ainsi qu'on le verra, sont liés, la force probatoire des éléments de preuve produits par le banquier dépendant non seulement de dispositions contractuelles mais aussi du niveau de sécurité du système mis en place. Le concept de *sécurité* tient ici une place essentielle et doit donc être soigneusement défini.

SECTION 1

MAITRISE DES FACTEURS TECHNIQUES

56. En informatique, un système est considéré comme sûr quand il respecte l'intégrité des données qu'il reçoit, qu'il les défend contre les risques d'accès non autorisé et d'usage abusif, qu'il a la capacité de les traiter dans un délai raisonnable, en réduisant le cas échéant les effets d'une panne ou d'une interruption accidentelle (171). Ces qualités correspondent largement à celles d'un bon système de paiement dont l'utilisateur attend qu'il traite les ordres sans erreur, qu'il réduise les risques d'émission d'ordres frauduleux et comporte les moyens d'en neutraliser les effets, qu'il exécute les ordres donnés, de façon continue et sans retard.

En ce qui concerne plus précisément les ordres frauduleux, la sécurité du système va donc se juger

(171) Sur la "sécurité informatique", v. not. *Informaticacriminaliteit*, B. DE SCHUTTER (ed.), Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen 1988; M. ANTOINE et M. ELOY, *op. cit.*, part. p. 26 et s. (description des méthodes de prévention utilisées, chiffrement...). Comp. les conceptions de la sécurité exprimées dans le Jack Report recommandation 10(1), p. 93 mettant l'accent sur les procédures d'authentification basées sur des caractéristiques personnelles de l'émetteur et l'article 4A-202 UCC qui fait allusion au caractère commercialement raisonnable d'une procédure de sécurité en fonction de différents critères (montant, type, fréquence des ordres...).

1°) à sa capacité de garantir, selon des méthodes d'authentification (172) adéquates, que l'émetteur de l'ordre est bien l'émetteur autorisé. C'est le débat dit de la "fiabilité du système" (A);

2°) à sa capacité d'empêcher les ordres frauduleux, émis selon la procédure d'accès prescrite, de produire leurs effets. C'est le débat sur l'efficacité des "oppositions", en d'autres termes sur la capacité de défense du système (B).

A. Le débat sur la fiabilité des systèmes automatisés: l'efficacité de la procédure d'authentification

57. L'obligation de confidentialité prévue contractuellement ou légalement impose au titulaire de ne pas révéler à des tiers les éléments de la procédure d'accès (*i.e.* le code). La violation de cette obligation engage la responsabilité du client. Encore faut-il la prouver. Une preuve directe de la faute paraît difficile, voire impossible à rapporter.

Si la charge de la preuve repose sur la banque, on ne voit pas comment celle-ci pourrait établir une faute du client dans la garde de son code, sauf aveu du client ou du voleur ou récupération de la carte ou de tout autre document l'accompagnant sur lequel le client aurait noté en clair son numéro de code. Ceci paraît bien aléatoire. Comment la banque pourrait-elle, autrement que sur base de ses propres enregistrements et en faisant admettre aux juges que l'utilisation du code confidentiel est indispensable pour faire fonctionner le terminal, prouver que la carte et le code n'ont pu être utilisés que par le client lui-même ou par quelqu'un qui en serait devenu possesseur suite à l'autorisation explicite ou à la négligence du client?

(172) La définition de l'authentification, concept fréquemment utilisé par les informaticiens, n'est pas toujours très précise. Définissons l'authentification comme une procédure permettant au récepteur d'un message de s'assurer que celui-ci a bien été émis par l'émetteur autorisé et n'a pas été altéré ultérieurement. (Comp. la définition de la CCI dans l'article 1 (H) des "Principes directeurs pour le transfert international interbancaire de fonds" (février 1990)).

A l'inverse, il est tout aussi malaisé pour le titulaire des moyens d'accès de prouver qu'il ne les a *pas* communiqués à un tiers (173).

La solution du problème passe par une appréciation de la fiabilité des systèmes mis en place.

Ou on considère que la fiabilité des systèmes est sujette à caution et que ceux-ci peuvent fonctionner sans code confidentiel ou avec un code quelconque.

Dans ce cas, confronté aux dénégations du client, le banquier doit soit rapporter la preuve de l'imprudence du client, preuve directe difficile à établir, soit montrer que son service fonctionne de façon satisfaisante.

Ou on part de l'hypothèse que les systèmes sont, en principe, fiables et ne peuvent fonctionner que grâce à l'usage combiné de la carte et du code confidentiel qui s'y rattache. Le client a donc forcément, en cas de retrait ou de transfert frauduleux, transmis son code secret au tiers fraudeur d'une façon ou d'une autre.

Au client de prouver qu'il est impossible qu'un tiers ait pu disposer du code et de la carte et que les retraits litigieux sont donc dus à une défectuosité du système.

58. Qu'en cas de contestation, la solution du débat passe par une appréciation de la fiabilité des systèmes a donc des conséquences fondamentales en ce qui concerne la répartition de la charge de la preuve entre le client et l'émetteur. La nature même de l'obligation, de moyen, de résultat (ou même de garantie?) qui pèse sur le client paraît se déduire elle aussi d'une appréciation de la fiabilité des systèmes.

Que cette appréciation soit positive et sa faute dans la garde de ses moyens d'accès est alors présumée, ce qui correspond à la définition d'une obligation de résultat.

Il y a plus. A mesure que se renforce la "foi" dans la sécurité du système, c'est, sous réserve de preuve contraire du client (force majeure,

(173) Ch. KNOBBOUT-BETHLEM, *op.cit.*, p. 1992, p. 166 et s., parle de façon évocatrice, de "bewijs) onmogelijkheden" tant en ce qui concerne le client qu'en ce qui concerne la banque (voir aussi p. 176 et s.).

fait de la banque...), sa faute lourde qui se trouverait présumée, rendant apparemment inutiles les régimes différenciés légalement prévus en fonction de la gravité du manquement.

Que l'appréciation de la fiabilité soit négative, ou à tout le moins, réservée, la faute du client doit alors être établie positivement par l'émetteur. L'obligation du client serait alors une obligation de moyens.

Si la distinction des obligations de moyens et de résultat est traditionnelle (174), il paraît moins classique que la qualification d'une obligation, opération éminemment juridique, soit déduite d'une appréciation technique dont les critères ne sont pas toujours clairement établis.

On peut aussi s'interroger sur l'incidence de la volonté des parties (175). A supposer que l'obligation du titulaire soit considérée comme une obligation de moyens (176), serait-il conforme à la recommandation européenne qu'une "présomption de faute" dans la garde des moyens d'accès soit conventionnellement prévue à charge du client en cas de débits frauduleux (177).

B. Le débat sur la capacité de défense des systèmes automatisés: l'efficacité de la procédure d'opposition

59. Le droit entérine-t-il les contraintes techniques du système ou impose-t-il, au contraire des exigences plus radicales ayant pour effet de "tirer vers le haut" les possibilités techniques des réseaux, c'est-à-dire de

(174) Même si les critères et l'utilité de la distinction sont parfois discutés, v. à ce sujet l'exposé de synthèse de G. VINEY, *La responsabilité: conditions*, L.G.D.J., 1982, p. 628 et s.; Ph. MALAURIE et L. AYNES, *Obligations*, Cujas, 1992, p. 438 et s.; J. VEZIAN, *La responsabilité du banquier en droit privé français*, 3^e éd., Litec, 1983, p. 15 et s.

(175) G. VINEY, *op. cit.*, p. 645.

(176) En ce sens, note J.H., *D.I.T.*, 1991/4, p. 44 et quoiqu'avec des nuances obs. TRINQUET même revue, p.46; en sens contraire, M. VASSEUR, obs. sous Cass. fr. 8 octobre 1991, *D.S.*, p. 584 selon lequel le titulaire de la carte a bien promis un résultat. Comp. pour le droit hollandais, Ch. KNOBBOUT-BETHLEM, *op.cit.*, p.175 (obligation de moyens).

(177) Celle-ci peut s'exprimer de façon diverse. P. ex., "Il appartient au client de démontrer la défectuosité de la machine." V. à ce sujet, Ch. GAVALDA, et J. STOUFFLET, chron. citée, *J.C.P.*, 1992, I, p. 302.

contraindre les émetteurs à diffuser plus efficacement les interdictions de payer ? L'examen de la jurisprudence et des textes légaux incite à opter pour le second terme de l'alternative.

1°) L'opposition doit avoir un effet (quasi) *immédiat*.

Se fondant sur les dispositions contractuelles existantes, les juridictions belges ont considéré que l'institution financière à laquelle est communiquée une opposition doit assurer la diffusion quasi immédiate de celle-ci (178).

La recommandation européenne du 17 novembre 1988 aboutit, à notre avis, au même résultat même si elle ne se prononce pas explicitement en ce sens (179). L'opposition notifiée par le titulaire ayant pour effet de transférer les risques de débit frauduleux à l'émetteur (art. 8.2 et 8.3), celui-ci se trouve par là-même obligé de mettre en oeuvre des mesures de blocage immédiatement efficaces (180). Cette solution paraît devoir s'imposer même si elle fait parfois l'objet de discussion.

(178) Cf. l'attendu très net du tribunal de commerce de Liège, 19 janvier 1984 *Dr. inform.* 1984/2, p. 30, "...grâce aux procédés informatiques, l'opposition est efficace dans un délai extrêmement bref..."; v. aussi l'arrêt de la Cour de cassation française du 8 octobre 1991 cité *supra*, n° 43.

Ceci contraste singulièrement avec l'opposition en matière de chèques garantis. Celle-ci est plus un avis devant attirer l'attention du banquier qui reste maître de la suite à lui accorder qu'une véritable défense de payer obligeant l'institution financière à des mesures de blocage efficaces.

Au plaideur invoquant dans un litige relatif au chèque garanti les effets énergiques de l'opposition en matière de carte électronique de paiement, il est répondu que "[l']opposition au paiement de chèque]...peut, dans la mesure où l'équipement de la banque concernée le permet, imposer à celle-ci d'en tenir compte" (Bruxelles (2^e ch.), 18 octobre 1984, *J.T.*, 1985, p. 59).

(179) Comp. les observations nuancées de X. FAVRE-BULLE, *op. cit.*, p. 175 selon lequel la recommandation n'impose à l'émetteur qu'une obligation de moyens. Cet auteur propose cependant de s'écarter du texte communautaire et de rendre l'émetteur responsable de tout préjudice après notification (sauf faute intentionnelle du titulaire).

(180) Comp. en doctrine allemande l'"Organisation-Verschulden" (I. BILLOTTE-TONGUE, *op. cit.*, n° 368).

Ainsi lit-on dans un rapport du Conseil National du Crédit (181) de 1988: "Si [l']obligation pour le banquier de rendre la carte inutilisable dès réception d'une opposition] se conçoit parfaitement dans des systèmes en ligne ou "*on line*", elle ne saurait, en l'état actuel des techniques, être imposée dans des systèmes de paiement où les terminaux ne sont pas directement reliés à des centres d'autorisation".

C'est là exprimer l'idée que la responsabilité du banquier pour la mise en oeuvre d'une opposition dépend largement des contraintes techniques du système mis en place.

A notre avis tend à s'imposer un autre principe, en vertu duquel la banque doit adapter et moderniser les techniques qu'elle met en oeuvre, en fonction de la répartition des risques juridiquement prévue après opposition.

2°) Le système d'opposition mis en place doit être permanent.

Les tribunaux de Verviers considèrent comme fautive l'absence d'un système d'opposition efficace pendant les week-ends et jours fériés (182) (v. *supra*, n° 45). Les décisions prennent en considération les usages courants dans la profession pour conclure à la faute de l'Office des chèques postaux (183). C'est le *niveau de sécurité technique atteint*

(181) Aspects européens et internationaux des cartes de paiement, mars 1988, p. 76. Comment concilier le point de vue repris au texte avec la position très stricte prise par la Cour de cassation française (en matière de chèques) dans son arrêt du 20 juin 1977, *D.S.* 1978, I, p. 398 et s., obs. GAVALDA. Comp. F. GRUA, *op. cit.*, p. 188 et s.

(182) Une jurisprudence française qui paraît maintenant dépassée a jugé que "l'absence de moyen permettant de faire opposition le dimanche en cas de perte ou de vol d'une carte magnétique...ne constitue pas une faute lourde dans l'organisation du service des Postes et Télécommunications...".

Tribunal administratif de Paris, décision du 13 février 1985 citée par A. BERTRAND et Ph. LE CLECH, *La pratique du droit des cartes*, éd. des Parques, 1988, p. 133. Comp. l'attendu très clair du tribunal de première instance de Verviers du 8 janvier 1986, *D.I.T.*, 1988/3, p. 58, selon lequel "cette faute [absence, pendant les week-ends et jours fériés, d'un numéro d'appel] doit être assimilée à une faute lourde qui ne peut être couverte par une clause d'exonération...".

(183) *Contra*: M. SCHAUS, note précitée *D.I.T.*, 1988/3, p. 59 "Au nom de quel principe serait-il fautif d'offrir au public un service de faible qualité?...Il serait surprenant de considérer que le fait de ne pas s'aligner sur les standards techniques les plus évolués constitue une faute...".

par les réseaux concurrents sur le marché en cause qui permet d'inférer la faute de l'organisme émetteur (184).

La recommandation européenne aboutit à une solution identique (art. 8.1).

C'est un texte explicite qui, cette fois, impose aux émetteurs de cartes (185) de mettre en place un système de notification fonctionnant en permanence; ceci n'est en définitive que le corollaire de la mise à disposition de services de retraits ou de transferts automatisés fonctionnant pratiquement vingt quatre heures sur vingt quatre.

60. Des hésitations se sont manifestées principalement en doctrine française, sur la qualification de l'obligation imposée aux émetteurs après opposition. S'agit-il, comme tend à le faire croire le texte, à notre avis trompeur, de la recommandation (art. 8.4), d'une obligation de moyens

(184) Précisons-le: le juge de paix verviétois (J.P. Verviers, 23 novembre 1984, *D.I.T.*, 1988/3, p. 57) reprochait aussi à l'Office des chèques postaux de n'avoir pas averti, de façon claire et précise, les utilisateurs de cartes de l'impossibilité de faire opposition pendant les week-ends. Manquement à l'obligation pré-contractuelle d'information s'inscrivant dans le droit fil du devoir de renseignements à charge du professionnel, vendeur ou concepteur de systèmes informatiques, confronté au profane. Comp. en jurisprudence américaine *Ognibene v. Citibank*, N. Y. City Civ. Ct, 446 N.Y. S2d 845 (1981). Le devoir d'information comporte toutefois ses limites. Comp. Cass. fr. (ch. com.) 2 décembre 1980, *D.S.*, 1981, p. 352 et comm. Nanterre 27 septembre 1983, *D.S.*, 1984, I.R., p. 305, obs. VASSEUR. Les récentes législations canadienne (SRC 1985 c B1 art. 202 (6) cité par N. L'HEUREUX et L. LANGEVIN, *op. cit.*, p. 241) et américaine (EFTA art. 905; Reg. E art. 205.7 (a) imposent aux banques une obligation très large d'information sur les conditions financières et juridiques (responsabilité) de l'utilisation du service. Comp. art. 3.3 et 3.4 de la recommandation européenne.

(185) L'article 8.1 réserve toutefois le cas des cartes privatives pour lesquelles "il n'est pas nécessaire que ces moyens de notification soient disponibles en dehors des heures d'ouverture de l'émetteur". Pour une critique de cette réserve due au champ d'application très large de la recommandation, X. FAVRE-BULLE, *op. cit.*, p. 149, spéc. note 455; en ce qui concerne les week-ends et jours fériés, *id.*, p. 148, note 452.

(186), d'une obligation de moyens renforcée ou de résultat atténuée (187), ou d'une obligation de résultat pure et simple (188)?

A notre avis, à partir du moment où l'émetteur assume après opposition les conséquences financières liées à une utilisation frauduleuse de la carte (sauf fraude ou négligence extrême du titulaire), il s'agit au minimum d'une obligation de résultat. Au minimum car si l'on considère les décisions rendues par les juridictions belges (v. *supra*, n° 44 et s.), la faute du titulaire antérieure à l'opposition n'a pas pour effet d'exonérer, fût-ce partiellement, les banques de leur responsabilité. Or le banquier débiteur d'une obligation de résultat ne peut-il invoquer, en vertu de l'article 1147 du Code civil, la cause étrangère (force majeure, fait d'un tiers, faute du créancier) pour obtenir une exonération totale ou partielle de responsabilité (189)?

Il est vrai que la recommandation européenne laisse à l'émetteur la possibilité de rechercher la fraude ou la "négligence extrême" du titulaire (faute du créancier) pour le priver du bénéfice de la limitation de responsabilité (plus exactement de la limitation des risques). Mais sur base des principes, il nous paraît que l'exonération (partielle ou totale) du débiteur d'une obligation de résultat dépend non de la gravité de la faute du créancier mais du lien causal que celle-ci entretient avec le dommage produit (190).

(186) En ce sens, mais à regret, X. FAVRE-BULLE, *op. cit.*, p. 175; v. aussi la discussion du Comité consultatif, *op. cit.*, p. 77.

(187) R. TRINQUET, *op. cit.*, p. 47. L'obligation de résultat est atténuée lorsque le débiteur est admis à s'exonérer en établissant qu'il n'a pas commis de faute. Pour plus de détails, G. VINEY, *op. cit.*, p. 639.

(188) M. VASSEUR, *D.S.*, 1991, p. 584; dans le même sens pour le droit hollandais, Ch. KNOBBOUT-BETHLEM, *op. cit.*, p. 203.

(189) Sur ces principes, Ph. MALAURIE et L. AYNES, *op. cit.*, p. 447; G. VINEY, *op. cit.*, p. 637.

(190) *Contra* apparemment en droit français, Ph. MALAURIE et L. AYNES, *op. cit.*, p. 451 selon lesquels il n'y a exonération partielle du débiteur que si la faute de la victime est relativement grave.

Nous en concluons que l'obligation pesant sur l'émetteur est à tout le moins une obligation de résultat renforcée (191).

SECTION 2

MAITRISE DES ELEMENTS DE PREUVE

61. Les conventions sur la preuve prévues par les institutions financières expriment à la fois leur *souci juridique*, celui de faire admettre la force probante des "documents informatiques" et leur meilleure aptitude à la preuve qui résulte de leur *supériorité technique*.

L'inégalité des parties dans l'administration de la preuve est un phénomène patent. L'émetteur en cas de litige, peut invoquer, à l'appui de ses prétentions, des "documents" produits et conservés sous son seul contrôle et dont la valeur probante se trouve contractuellement consacrée. Le client, quant à lui, ne dispose que de peu d'éléments de preuve convaincants (192). Sa tâche risque d'être insurmontable si les juridictions présument que les systèmes sont sûrs et exigent que soit prouvée une défaillance précise (193).

(191) F. de LY et G.L. BALLON, "Elektronische bank- en koperskaarsten Juridische aspecten naar Belgisch-Frans Recht" in *Juridische aspecten van moderne betaalmiddelen*, WEJ Tjeenk Willink, Zwolle, 1987, p. 184 et s. parlent même d'obligation de garantie. Ceci implique que le banquier prend en charge, la cause étrangère (force majeure, fait d'un tiers) sans pouvoir l'invoquer comme cause exonératoire. L'obligation de garantie est parfois dénommée "obligation de résultat absolue". V. à ce sujet, G. VINEY, *op. cit.*, p. 640.

(192) Sur les éléments de preuve en possession du client et leur force probante, v. l'exposé systématique de Ch. KNOBBOUT-BETHLEM, *op. cit.*, p. 166 et s. (tickets de caisse, preuve par témoins, experts, déclaration personnelle). V. *supra*, n° 31 et s.

(193) Pour un cas d'application, tribunal d'instance de Nuremberg, 15 octobre 1976 (R.E.D.C., 1987, p. 382) selon lequel il appartient à l'utilisateur de prouver la défectuosité du système. Il ne suffit pas de prouver une possibilité générale de défectuosité, il faut démontrer un défaut précis.

En l'occurrence l'institution financière défenderesse avait elle-même apporté des éléments de preuve permettant de conclure que le distributeur n'était pas défectueux au moment de l'utilisation par le demandeur (aucune irrégularité constatée pendant la période entourant le retrait, mécanismes de contrôle internes permettant d'exclure l'hypothèse selon laquelle deux billets auraient été collés...). La jurisprudence allemande ultérieure paraît aller dans (suite...)

Ce problème est et demeure "l'un des plus difficiles" (194), bien que certaines voies de solution intéressantes aient été proposées, telles que l'intervention d'un tiers certificateur (195), l'amélioration de l'échange d'information entre parties (196), l'instauration de procédures précontentieuses de rectification d'erreurs et de règlement des différends (197). Sans prétendre apporter de solution définitive au problème, et dans la perspective qui est la nôtre, celle des liens entre facteurs techniques et juridiques, on tire les conséquences de la supériorité technique de l'émetteur sur le plan probatoire en deux propositions :

(193) (...suite)

le même sens, v. X. FAVRE-BULLE, *op. cit.*, p. 192, note 626, p. 197, note 640. Pour les Etats-Unis, v. Porter v. Citibank N.A. 123 Misc. 2d 28, 472 N.Y.S. 2d 582 (N.Y. Civ. Ct. 1984) relaté dans D. BAKER et R. BRANDEL *The Law of Electronic Fund Transfer Systems* 1987 Cumulative Supplement, Warren Gorham & Lamont S11-24 et s. où le client se plaignait d'avoir été à deux reprises débité pour des montants que la machine ne lui avait pas délivrés. La Cour, considérant le passé bancaire irréprochable du client et l'aveu même de la banque reconnaissant que certains montants demandés par le client avaient été délivrés au client suivant, ordonne le remboursement par la banque au client des 500 dollars contestés. (comp. pour une solution similaire, en jurisprudence allemande AG Aschaffenburg W.M. 1989, p. 213 cité par X. FAVRE-BULLE, *op. cit.*, p. 201). V. aussi B. GEVA, *op. cit.*, 6-74 et s. Aux Pays-Bas, il semble que les émetteurs doivent maintenant prouver la négligence du client. (Ch. KNOBBOUT-BETHLEM, *op. cit.*, p. 174 et s.). Pour la France, v. *supra*, n°s 40 et s.

(194) M. VASSEUR, note sous Cass. fr. (ch. civ.) 8 novembre 1989, D.I.T., 1990/2, p. 47.

(195) Encore faut-il que ce tiers présente des garanties d'indépendance suffisantes et applique des mesures de sécurité strictes. A propos de SWIFT, S. DENIS in *Le droit de la preuve face aux nouvelles technologies de l'information*, Cahiers du CRID, n° 7, 1991, p. 187 et s. Des dispositions récentes telles que l'article 10 des règles UNCID (reprises dans D.I.T., 1988/1, p. 72 et s., prévoient la possibilité d'un tiers certificateur. G. VANDENBERGHE "Les solutions pour aujourd'hui" in *Les transactions internationales assistées par ordinateur* Litec, 1987, p. 158 où l'auteur évoque l'intervention d'un tiers neutre (clearing house) chargé de maintenir et d'améliorer la sécurité du système et de garder trace des transactions; J. HUET, "Formalisme et preuve..." in *Informatique et télécommunications: Y a-t-il un juriste dans la salle?*, Bruxelles, Story-Scientia, 1989, p. 243 et p. 247; P. LECLERCQ, *op. cit.*, p. 184 et s. En général, N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, p. 32 et s., p. 207 et s., p. 249 et s.

(196) Voir l'exposé très complet du Conseil National du Crédit, *op. cit.*, 1986, p. 73 et s., p. 80 et s.

(197) Pour un aperçu des initiatives prises au niveau international, N. L'HEUREUX et L. LANGEVIN, *op. cit.*, p. 270 et s.

1°) l'efficacité des conventions de preuve est liée à la sécurité du système mis en place (A);

2°) "une obligation à la preuve" tend à s'imposer à charge de l'émetteur en fonction de sa meilleure aptitude à la preuve (B).

A. Incidence de la sécurité des systèmes sur l'efficacité des conventions de preuve

62. Plus sont sérieuses les mesures entourant la production et la conservation des supports, plus l'institution financière sera en mesure de convaincre le juge que ses enregistrements fournissent des indications valables sur l'existence et le contenu de la transaction ainsi que sur l'identité des parties à celle-ci.

En d'autres termes, si les conditions de fonctionnement du système et de conservation des supports sont correctes, le juge aura tendance, en cas de contestation, à prêter foi aux enregistrements informatiques de la banque qui, qu'on le veuille ou non feront office de *prima facie proof* (198).

Les critères d'un système de sécurité ne sont pas faciles à préciser (v. cependant notre essai, *supra* n° 56 et s.). L'appréciation centrée sur la qualité de celui-ci est aussi une arme à double tranchant pour les institutions financières.

Ne pourrait-on soutenir, par exemple, que les documents produits par la banque pourraient être écartés du débat non seulement si le client démontre en l'espèce un mauvais fonctionnement du système (199)

(198) Comme le signale pertinemment M. SYX (*op.cit.*, 1982, p. 89), même dans les cas où sur base de l'article 1315 du Code civil, c'est au client qu'il incombe d'administrer la preuve, en fait la charge de la preuve sera le plus souvent supportée par l'institution financière qui, seule, est en mesure de produire les éléments de preuve adéquats et de prêter à l'expert l'assistance nécessaire.

(199) Cf. sur ce point les réflexions de H. CROZE, *op. cit.*, D.S., 1987, p. 167 et s.; C. SULLIVAN (*op. cit.*, p. 195) cite un bon exemple dans lequel plus de 140 000 dollars avait été vidés d'un compte en un week-end parce que les limites (solde du compte, plafond mis aux retraits) n'avaient pas joué. A ce sujet, X. FAVRE-BULLE, *op.cit.*, p. 164 note 514; Ch. KNOBBOUT-BETHLEM, *op.cit.*, p. 198 et s.

mais aussi de façon *générale* une insuffisance du niveau de sécurité du système en place?

Un exemple tiré de la pratique contractuelle française illustrera notre position : dans certains types de vente à distance (par correspondance, par téléphone,...) le titulaire d'une carte bancaire transmet au commerçant son seul numéro de carte bancaire, ce qui permet de débiter son compte en règlement des biens ou services fournis (200).

Moyen d'identification bien peu sûr. Ne faut-il pas admettre dans ce cas que les enregistrements de l'institution financière, bien que reprenant les données de l'opération, ne fournissent qu'une présomption très faible sur l'identité de leur auteur, étant donné le peu de sécurité du mode d'authentification de l'opération?

C'est tellement vrai qu'une clause particulière du contrat commerçant, conclu par les groupements bancaires avec les sociétés de vente par correspondance ou par téléphone, prévoit que le commerçant autorise la banque à débiter d'office son compte du montant d'une opération contestée par le titulaire de la carte (201).

En donnant au titulaire du compte la possibilité de contester plus facilement les documents produits par la banque, on reporte sur celle-ci la responsabilité (plus exactement les risques) pour les ordres faux ou frauduleux facilités par des procédures d'authentification insuffisamment sûres (202). Libre à la banque, comme dans le système français, de

(200) V. à ce sujet M. VASSEUR, D.S., 1987, IR p. 300; Comité consultatif, *op. cit.*, p. 48 et 67.

(201) V. contrat d'acceptation en paiement à distance (version 2-18 décembre 1992, art. 3.8 et 3.9). Le problème est de savoir dans quelle mesure cette clause peut être invoquée par le titulaire de la carte qui n'est pas partie au contrat émetteur-commerçant.

(202) Cf. en matière de dépôt, la décision précitée du tribunal d'instance de Toulouse du 19 juin 1986 (v. *supra*, n° 33) selon laquelle la banque, fournissant elle-même sans vérification préalable, le reçu reprenant les montants soi-disant déposés, n'est pas fondée à se prévaloir des défaillances techniques des appareils mis en place. Le tribunal déplace le problème sur le terrain de la responsabilité en considérant que les banques doivent supporter les risques des appareils installés. Cf. aussi article 4.2 du projet de règles types UNCITRAL (A/CN9/WG IV/WP 39, 3 octobre 1988). Le commentaire souligne que, dans les relations entre un donneur d'ordre et une banque, les procédures d'authentification sont généralement déterminées par la banque. Il en conclut que la banque "devrait (suite...)"

reporter à son tour ces risques sur le commerçant partie à la transaction de base.

Un second exemple peut être tiré de la matière des oppositions. Les conventions sur la preuve sont, de façon implicite mais certaine, écartées quand le client a dûment notifié la soustraction de ses moyens d'accès si les mesures de blocage adéquates n'ont pas été mises en oeuvre suite à l'insuffisance du système de sécurité (203).

B. L'obligation à la preuve

63. Avec l'introduction des techniques automatisées émerge ou s'affirme, à charge des émetteurs, ce qu'on peut appeler une "obligation à la preuve", contrepartie de leur supériorité technique.

"L'obligation à la preuve" regroupe trois types de mesures ou d'obligations prévues, conjointement ou isolément, dans la plupart des textes récents.

64. 1°) L'obligation faite aux émetteurs d'entourer la production et la conservation des pièces justificatives de mesures de sécurité adéquates.

Cette tendance s'exprimait déjà dans la Recommandation du Conseil de l'Europe du 11 décembre 1981 [n° R (81) 20] relative aux conditions d'admissibilité des reproductions de documents et des enregistrements informatiques. On la retrouve dans l'article 6.1. de la recommandation européenne selon lequel "les émetteurs conservent ou font conserver des pièces justificatives internes qui soient suffisantes pour permettre de repérer les opérations et de rectifier les erreurs". Et aussi, pourrait-on ajouter, pour constituer des présomptions suffisamment sérieuses, susceptibles d'emporter l'adhésion du juge en cas de conflit sur l'identité de l'émetteur de l'ordre, sur l'existence ou le montant de la transaction (v. *supra*, n° 62 et s.).

(202) (...suite)
supporter le risque dû au fait que les techniques d'authentification disponibles ne seraient pas raisonnables sur le plan commercial" (*Ibid.*, p. 12).

(203) Dans le même sens, I. BILLOTTE-TONGUE, *op. cit.*, p. 205, n° 438.

65. 2°) L'obligation de délivrer aux titulaires d'instruments de paiement une information suffisamment précise et complète.

A défaut de contrôler lui-même la production de la preuve, le titulaire doit pouvoir - c'est un minimum - exercer un contrôle sur la façon dont les opérations sont enregistrées, ce qui lui permet de signaler les anomalies et de demander rapidement leur rectification.

D'où l'exigence, à charge des émetteurs, de satisfaire à leur obligation d'information en délivrant aux utilisateurs une documentation suffisamment précise et complète. Cette documentation peut, en pratique, prendre deux formes: le ticket de caisse délivré lors de l'opération elle-même ou l'extrait de compte reprenant ultérieurement une série d'opérations avec les références permettant leur identification.

La recommandation, en son article 6.3, paraît viser les deux possibilités en indiquant "que le titulaire contractant reçoit, s'il en fait la demande, un relevé de chacune de ses opérations, immédiatement ou peu de temps après les avoir exécutées...". Cette exigence d'information se retrouve dans d'autres législations récentes, telles que l'Electronic Fund Transfer Act (204).

Le lien entre cette délivrance périodique d'information et les problèmes de preuve et de responsabilité apparaît clairement si l'on observe que l'absence de réaction du titulaire à la documentation fournie peut être sanctionnée par une augmentation des dommages mis à sa charge si elle a entraîné une aggravation des débits frauduleux (205). En

(204) L'article 906 notamment impose aux banques la remise d'une documentation régulière et extrêmement détaillée à la fois sur le lieu même de l'opération et sous forme de récapitulatif périodique.

(205) EFTA, art. 909. L'article 4.1 b de la recommandation européenne prévoit l'obligation pour le titulaire de signaler sans délai excessif à l'émetteur les opérations irrégulières enregistrées sur son compte. X. FAVRE-BULLE, *op. cit.*, p. 146 et s. En jurisprudence belge, comm. Liège, 19 janvier 1984, *Dr. inform.* 1984/2, p. 29 et s.; comm. Bruxelles 19 novembre 1991, *R.D.C.*, 1992, p. 974 et s., obs. J.P. BUYLE et X. THUNIS et les références citées, p. 979 et s.

autre, la force probante de certains documents fournis par l'émetteur est soigneusement précisée (206) contractuellement.

66. 3°) La contribution renforcée des émetteurs à l'établissement de la preuve (207).

Comme l'indique, de façon concise, Madame Verheyden-Jeanmart (208), "l'article 1315 du Code civil a un double fondement : la normalité et la meilleure aptitude à la preuve". En d'autres termes, la preuve incombe à qui va contre la situation normale ou vraisemblable, ou à celui qui a la meilleure aptitude à la preuve (209).

L'utilisation du premier critère engendre des incertitudes qui ont été critiquées (210). Le second critère paraît bien inspirer la recommandation européenne dont l'article 6.2, en cas de conflit relatif à un transfert non autorisé, impose à l'émetteur de "prouver que l'opération

(206) En ce qui concerne les extraits de compte sont souvent insérées des clauses selon lesquelles les opérations mentionnées sont approuvées par le client s'il n'a pas protesté auprès de la banque dans un certain délai (60 jours ou même 30 jours). La validité de telles clauses fait l'objet de discussions. A ce sujet v. l'excellente synthèse de F. GRUA, *op. cit.*, p. 15 et s.; H. CROZE, obs. sous Cass. fr. (ch. com.) 9 décembre 1986, *J.C.P.*, 1988, II, 20918, n° 2 et s.; J. VEZIAN, *op. cit.*, 1983, p. 51, n° 77.

(207) Nous préférons cette expression à celle, souvent utilisée, de renversement de la charge de la preuve car à notre avis les dispositions décrites ne font que confirmer la répartition légale de la charge de la preuve prévue par l'article 1315 du Code civil. En ce sens, H. SCHÖNLE, "La responsabilité des banques...", in *Les nouveaux moyens électroniques de paiement*, B. STAUDER (éd.) C.J.R. Payot, Lausanne, 1986, p. 80; comp. N. L'HEUREUX et L. LANGEVIN, *op. cit.*, p. 257; F. GRUA, *op. cit.*, p. 189, note 2.

(208) N. VERHEYDEN-JEANMART, "La charge de la preuve", in *La Preuve*, UCL, Fac. de droit, 1987, p. 2; pour une présentation plus nuancée, J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, *op. cit.*, p. 542 qui paraissent faire de l'aptitude à la preuve un fondement plus marginal.

(209) P. ESMEIN, "Le fondement de la responsabilité contractuelle", *Rev. trim. dr. civ.*, 1933, p. 644 selon lequel "il ne faut pas exiger d'un plaideur plus qu'il ne peut pratiquement faire, alors surtout que l'autre partie peut le suppléer sans être surchargée". Ce fondement paraît jouer un rôle en droit hollandais: Ch. KNOBBOUT-BETHLEM, *op. cit.*, p. 180 et s.; comp. les pertinentes observations de F. GRUA (*op. cit.*, p. 14) à propos de la décision du tribunal d'instance de Toulouse (commenté *supra*, n° 32).

(210) En quoi consiste la situation "normale"? se demandent J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, *op. cit.*, p. 541.

a été correctement enregistrée et correctement comptabilisée et n'a pas été affectée par une panne technique ou une autre déficience du système".

Selon certains, cette cascade de preuves dont certaines sont négatives serait impossible à rapporter sauf si l'on autorise l'émetteur à démontrer que l'ensemble du système a fonctionné de façon satisfaisante pendant la période considérée (211).

EN GUISE DE CONCLUSION:

QUELQUES REFLEXIONS SUR LE FONDEMENT DE LA RESPONSABILITE DU BANQUIER

67. Au terme de cet exposé, il faut lever certaines ambiguïtés terminologiques pour cerner avec précision le fondement qui doit être assigné à la responsabilité du banquier.

Suivant en cela la recommandation européenne et les conventions qui s'y conforment, on a parlé de "limitation de responsabilité" du titulaire avant opposition, de "responsabilité plafonnée" ou encore de responsabilité illimitée de l'émetteur après opposition. Cette utilisation quelque peu inflatoire du concept de responsabilité est commode mais elle peut prêter à confusion.

1° La "responsabilité" visée, qu'elle soit limitée ou non, ne sanctionne pas forcément l'inexécution fautive d'une obligation contractuelle par une des parties. Elle est plutôt la conséquence d'un partage des risques liés à l'utilisation frauduleuse des moyens d'accès, partage qui, comme on le

(211) En ce sens, G. NICOLAS, "La recommandation de la Commission des Communautés européennes du 17 novembre 1988 concernant les systèmes de paiement", *Banque et Droit*, mars-avril 1989, p. 70; Y. GERARD et A. SVENDSEN, "La recommandation de la Commission sur les relations entre organismes financiers et porteurs de cartes de paiement", *D.I.T.*, 1989/2, p. 54; M. VASSEUR, note sous Cass. fr. (ch. civ.), 8 novembre 1989, *D.I.T.*, 1990/2, p. 47 et s.; cf. aussi point 15 *in fine* du code de bonne conduite du secteur bancaire européen concernant les systèmes de paiement par cartes: "... L'enregistrement correct d'opérations similaires, avant et après l'opération en cause, constituera un commencement de preuve que le système fonctionnait correctement". Comp. EFTA, art 909B. *Contra*: E. CHAIBAINOU, *op. cit.*, p. 223; J. HUET, *op. cit.*, 1989, p. 241.

montrera (v. *infra*, n° 69 et s.), s'opère le plus souvent sur base de la théorie du risque (212).

En toute rigueur de terme, les dispositions commentées, dans la plupart des cas, devraient plutôt parler de risque ou de dommages plafonnés ou non, limités ou non à charge de l'une ou l'autre des parties en cause.

2° A rendre le banquier "responsable" (peu ou beaucoup) en cas d'incident de paiement, on perd de vue, semble-t-il, que son obligation de ne pas débiter ou de recréditer le client en cas de fraude procède d'abord, du "dépôt" de fonds effectué chez lui par le client (213). Même si le fondement de l'obligation de restitution est discuté, qu'on la rattache à la qualité de "dépositaire", de "mandataire" ou de teneur de compte du

(212) Cette imprécision ne fait que refléter la "polysémie" des concepts de responsabilité et de risque. Certains auteurs parlent, semble-t-il à regret, de "responsabilité" quand celle-ci est indépendante de la faute (Ph. MALAURIE et L. AYNES, *op. cit.*, p. 25, n° 30). Quant à la notion de risque, au singulier (théorie du risque) ou au pluriel (théorie des risques applicable dans les contrats synallagmatiques), elle est aussi pour le moins ambivalente (v. les différentes acceptions relevées par Ph. MALAURIE et L. AYNES, *op. cit.*, p. 41). Au niveau le plus général (F. GENY, "Risques et responsabilité", *Rev. trim. dr. civ.*, 1902, p. 816 et s.), la vie sociale crée des risques qu'il s'agit de répartir. La responsabilité permet d'attribuer ces risques et de faire supporter la charge d'un dommage subi par une personne à une autre personne en se fondant sur la faute ou le risque lié à l'activité de la personne responsable (théorie du risque).

(213) H. SCHÖNLE, *op. cit.*, p. 88; B. STAUDER, *op. cit.*, p. 233: "Tout paiement à un tiers non autorisé, quelle qu'en soit la cause, se fait aux risques de l'émetteur". Cet auteur nuance cependant son propos en examinant par après l'accès non autorisé au système suite à une faute du titulaire (p. 236 et s.); X. FAVRE-BULLE, *op. cit.*, p. 155.

banquier (214), le principe même ne prête pas à discussion (215).

Si le titulaire a commis une faute, qui engage sa responsabilité, il peut y avoir compensation totale (216) ou partielle de sa dette de responsabilité avec sa créance en remboursement des fonds. Mais ce genre de raisonnement ne paraît plus inspirer, implicitement ou explicitement, ni la jurisprudence ni les textes récents relatifs aux

(214) En cas d'exécution d'ordres faux ou falsifiés, la doctrine française fonde généralement l'obligation de restitution du banquier sur l'article 1937 du Code civil (obligation de restitution du dépositaire), combiné avec l'article 1239 du Code civil (v. p. ex. dans le cas du virement, M. CABRILLAC, *Le chèque et le virement*, Paris, Litec, 1980, p. 225 et s.). Dépositaire, le banquier est aussi selon la doctrine française "mandataire" de son client. Cette superposition de qualités rend incertaine la détermination des obligations et de la responsabilité du banquier (La difficulté apparaît clairement dans un arrêt du 5 janvier 1973 rendu par la Cour d'appel de Paris commenté par MM. CABRILLAC et RIVES-LANGE, *Rev. trim. dr. com.*, 1973, p. 310 et s.). La qualité de dépositaire du banquier, contestée en doctrine belge (v. références ci-dessous) ne paraît pas remise en cause en France.

V. récemment Cass. fr. (com.) 28 janvier 1992 (paiement d'un chèque faux dès l'origine), *Rev. trim. dr. com.*, 1992, p. 648 et s., obs. CABRILLAC et TEYSSIE; Paris 7 janvier 1992, *D.S.*, 1992, p. 395 et s. note D. MARTIN qui s'interroge, non sans humour, sur le fondement de l'obligation "absolue" du tiré de restituer à qui de droit "théorie de la garantie appliquée à la matière contractuelle? Obligation paroxystique de résultat?"; Paris 21 janvier 1992, *Banque* (Fr.) 1992, p. 845 (exécution de deux virements faux sans faute de la banque), obs. RIVES-LANGE.

Pour une critique du fondement juridique tiré de l'article 1937, A. BRUYNEEL, *op. cit.*, p. 420 note 234. En matière de virement, la doctrine belge recourt exclusivement semble-t-il, à l'article 1239 du Code civil (A. BRUYNEEL, *ibid.*) encore que l'application de cette disposition à la matière des virements ait récemment fait l'objet de discussion. J.-P. BUYLE et O. POELMANS, "L'article 1239 du Code civil et les ordres de paiement portant fausse signature ou dont les mentions ont été falsifiées", *R.D.C.B.*, 1992/8, p. 701 et s. En jurisprudence, Bruxelles, 10 septembre 1991, *J.L.M.B.*, 1992, p. 1085 et s., obs. F. DE PATOUL; Bruxelles, 7 février 1992, *D.C.C.R.*, 1992/17, p. 73 et s., note G.L. BALLON. Comp. l'interprétation originale de l'article 1239 du Code civil par F. GRUA (*op. cit.*, p. 142 et s., p. 166 et s.) selon lequel sur base du droit commun, le banquier serait libéré de sa dette pour autant qu'il ait procédé aux vérifications nécessaires, même si le paiement n'a pas été fait à qui de droit.

(215) En pratique ce schéma théorique est battu en brèche par des conventions faisant supporter au client les dommages résultant de l'utilisation frauduleuse de ses instruments de paiement.

(216) V. p. ex. en jurisprudence française, Paris, 7 janvier 1992 précité (paiement de chèques falsifiés dû exclusivement à la faute du client).

paiements automatisés. Confusion regrettable ou inadaptation des théories traditionnelles?

68. Dans le domaine des paiements automatisés, il semble que les qualifications traditionnelles, celles de dépositaire ou de mandataire perdent en importance et en pertinence. Émerge la qualité de prestataire de services automatisés (217).

On sait que le régime de responsabilité des prestataires de service ne brille pas particulièrement par son homogénéité (218). Il n'est au demeurant pas sûr qu'un régime de responsabilité unifié soit souhaitable (219).

Si l'on s'en tient aux paiements automatisés, on peut toutefois observer que l'interposition d'un système technique complexe avec les incertitudes probatoires qu'il implique paraît mener à un régime de responsabilité spécifique (220) dont un des "pivots" est le niveau de sécurité exigé ou attendu du système dans ses deux dimensions principales, authentification et opposition. Comme l'authentification "garde ses mystères" - il n'est pas toujours clair si le débit pratiqué est dû à une faute du titulaire ou à une défaillance du système -, c'est l'opposition qui va déterminer la répartition des dommages à opérer entre les parties.

(217) En ce sens, M. CABRILLAC et J.L. RIVES-LANGE, "Chronique crédit et titres de crédit", *Rev. trim. dr. com.*, 1980, p. 587, n° 7: "... la qualité de dépositaire du banquier nous semble ici éclipsée par sa qualité de fournisseur d'une prestation de service particulière..."; v. aussi R. TRINQUET "Etat de la jurisprudence sur les cartes de paiement" in *Les nouveaux moyens de paiement* (J.P. FAGET, éd.), Economica, 1986, p. 145 et s.

(218) J. GHESTIN et Y. MARKOVITS, "L'adaptation à la responsabilité des prestataires de service de la directive de la Communauté économique européenne du 25 juillet 1985 sur la responsabilité du fait des produits défectueux", *R.E.D.C.*, 1989/3, p. 147 et s.

(219) J. GHESTIN et Y. MARKOVITS, *op. cit.*, p. 148; D. PHILIPPE, "Le contrat de prestations de services. Tentative de définition. Perspectives de réglementation", in *Les prestations de service et le consommateur*, J. LAFINEUR (éd.) Story-Scientia, 1990, p. 10 et s.

(220) Comp. dans le domaine de la fourniture d'information, les réflexions de J. GHESTIN et Y. MARKOVITS, *op. cit.*, p. 164: "Dans le domaine de l'information, la technicité des moyens mis en oeuvre peut faire accréditer l'idée de faire peser sur le fournisseur de données traitées une obligation de résultat".

69. En matière de paiement automatisé toujours, et singulièrement de paiement par carte, l'approche fondée sur la faute (répartissant les dommages en fonction du lien de causalité que ceux-ci entretiennent avec les manquements respectifs de l'émetteur et du titulaire) paraît bien s'estomper.

Y a-t-il toujours "faute" à se faire voler sa carte (221)? Et quelle est cette faute qui consisterait à la laisser un instant sur un comptoir, dans un bureau...? Quelle "faute" enfin y a-t-il à ne pas disposer des moyens techniques nécessaires pour bloquer un instrument de paiement dont l'utilisation, par les vertus de l'interopérabilité, dépasse maintenant les frontières.

Sauf à avoir de la faute une conception excessivement large et à la définir à partir du dommage produit (222), il faut se demander si ce fondement classique se retrouve encore, en principal ou subsidiairement dans les approches législatives et jurisprudentielles exposées précédemment, ou si, au contraire, comme l'affirme une partie de la doctrine (223), la théorie du risque prend ou doit prendre une place prépondérante dans la répartition des dommages.

(221) En matière de chèques, P. DIENER, "L'opposition au paiement d'un chèque volé a-t-elle encore un sens?", *D.S.*, 1984, chr. XV, p. 88 et s. a bien mis en évidence le paradoxe, qui sous-tend le raisonnement des juges français: prenant acte de la multiplication des vols, situation en principe pathologique, ceux-ci considèrent que la victime est fautive pour ne s'être pas suffisamment prémunie contre un phénomène dont la généralisation finit par asséoir la normalité! M. DIENER conclut: "... pour prévenir les vols, rien ne vaut la sanction des victimes!". Peut-on vraiment considérer le comportement du titulaire du compte comme un de "ces faits délictueux générateurs d'un trouble social auquel le droit doit remédier?" (AUBRY et RAU cités par P. DIENER, *op. cit.*, n° 7). Comp. les conclusions exactement opposées auxquelles aboutit J. STOUFFLET (*J.C.P.*, 1977, II, 18750), citant exactement les mêmes auteurs!

(222) Ce qui ne paraît pas une bonne méthodologie; cf. Ph. MALAURIE et L. AYNES, *op. cit.* p. 36 et s. et la note 20 (comment peut-on être fautif sans être blâmable?).

(223) En ce sens (apparemment car l'éminent auteur ne paraît pas en tirer toutes les conséquences), M. VASSEUR, *op. cit.*, *J.C.P.*, 1985, I, 3206, n° 38 et s.; de façon beaucoup plus nette, B. STAUDER, *op. cit.*, p. 232 et s.; X. THUNIS et M. SCHAUSS, *op. cit.*, p. 33 et s.; X. FAVRE-BULLE, *op. cit.*, p. 155 et s.; I. BILLOTTE-TONGUE, *op. cit.*, p. 141 et s. (ces deux derniers auteurs développent notamment la théorie allemande de la sphère de contrôle selon laquelle chacune des parties doit supporter les dommages relevant de sa "sphère de puissance").

70. L'analyse des effets de l'opposition permet de bien montrer les points d'impact de la théorie du risque, son ambiguïté, son "mariage" avec la faute dans l'économie générale du système.

1° Après opposition, il paraît acquis que la charge des dommages incombe en principe à l'émetteur (même si on le sait, la rédaction de l'article 8.4 de la recommandation prête à hésitation, v. *supra*, n° 59).

Cette solution peut trouver un fondement classique; la faute de l'émetteur qui ne prend pas les mesures nécessaires rend possible l'aggravation des débits frauduleux et engage sa responsabilité (224).

Même les exigences strictes qui lui sont imposées (opposition permanente et à effet immédiat) peuvent, dans une certaine mesure se concilier, avec ce fondement traditionnel (225).

Dans cette perspective classique cependant, la faute du titulaire peut conduire à un partage de responsabilités, voire à une exonération totale de l'émetteur en fonction du lien causal que les fautes respectives entretiennent avec le dommage.

Telle était bien la position d'une partie de la jurisprudence française et des contrats porteurs antérieurs à la recommandation permettant de rechercher la responsabilité du titulaire en cas de faute dans la garde de ses moyens d'accès *même après* la déclaration de perte ou de vol (226).

A l'opposé, se fondant sur les règlements bancaires existants, les juridictions belges, antérieurement à la recommandation ont adopté une position rigoureuse à l'égard des banques en concluant à leur responsabilité exclusive après opposition malgré la faute du titulaire. Même si elles ne se réfèrent pas explicitement à la théorie du risque, elles se fondent, à notre avis, sur l'idée selon laquelle il appartient à celui qui

à la maîtrise du risque de le prévenir ou de le limiter. C'est la théorie du risque créé (227) selon laquelle les suites dommageables d'une activité incombent à celui qui crée le risque et, ajouterions nous, qui est le plus apte le maîtriser (228).

La recommandation européenne est, quant à elle, plus ambiguë: l'émetteur est, en principe, responsable après notification mais la part du dommage final qui lui est imputée peut être réduite en fonction du comportement du titulaire (extrême négligence ou fraude).

Dans la logique d'une théorie du risque dont l'application devrait tout de même réduire la "dispersion" du lien causal, la fraude ou la faute intentionnelle du titulaire ne devrait-elle pas seule être prise en considération (229)?

2° Avant opposition, la charge des dommages incombe au titulaire moyennant limitation. Il vaudrait mieux écrire: la charge des dommages incombe à l'émetteur sous déduction d'une franchise supportée par le titulaire.

Le renversement de formulation n'est pas neutre: même si l'émetteur n'a pas, avant opposition, la maîtrise du risque, il n'en supporte pas moins, sous déduction d'un montant supporté par le titulaire et sous réserve d'un comportement particulièrement grave de celui-ci (fraude ou négligence extrême selon la recommandation), les dommages liés à l'utilisation frauduleuse des instruments.

S'il supporte ces dommages, c'est non parce qu'il est le plus apte à en empêcher la réalisation mais parce qu'il peut mieux que le titulaire absorber les conséquences financières de ceux-ci en les répartissant sur l'ensemble de sa clientèle.

(227) Sur la "théorie du risque créé", v p. ex. B. STARCK, *Obligations* par H. ROLAND et L. BOYER, t. Ier, 2è éd., Litec, 1985, p. 26 et s. Pour une application au domaine des paiements, J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, t. III, Bruxelles, Bruylant, 1981, p. 451 (à propos des articles 35 et 35bis de la loi du 1er mars 1961 sur le chèque). G. DE CLERCQ, *De betaling en de girale technieken van geldoverdracht*, thèse de doctorat, KUL, 1986, t. II, p. 596 et s.

(228) Il vaudrait mieux parler du critère de la maîtrise du risque créé mais l'expression est lourde et on se conforme à l'usage dominant. Comp. en droit allemand la théorie de la sphère de contrôle (v. *supra*, n° 69 en note).

(229) En ce sens, X. FAVRE-BULLE, *op. cit.*, p. 176 et s.

(224) En ce sens à propos du système conventionnel belge antérieur à la recommandation, D. SYX, *op. cit.*, p. 32; M. SCHAUSSE et X. THUNIS, *op. cit.*, p. 33.

(225) G. VINEY, *op. cit.*, p. 637) observe que la responsabilité du débiteur d'une obligation de résultat est très proche des régimes de responsabilité de plein droit.

(226) Conseil National du Crédit, *Aspects juridiques des nouveaux moyens de paiement*, Direction des Journaux officiels, juillet 1986, p. 43 et s.; v. aussi l'argumentation développée par la CRCA dans l'affaire Camuel (v. *supra*, n° 43).

Une telle solution se fonde plutôt sur la théorie du risque-profit (230) selon laquelle celui qui tire le bénéfice d'une activité doit en supporter les conséquences dommageables. La théorie du risque créé aurait, notons-le, conduit à une solution différente, à savoir l'attribution des dommages au titulaire des instruments.

Risque-profit ou risque créé, ces théories assez larges développées en matière délictuelle et ici transposées ne fournissent pas de critères d'analyse décisifs. Les arguments qu'elles fournissent sont assez facilement réversibles. On pourrait par exemple soutenir que le titulaire de cartes est le premier à en tirer bénéfice (231).

Quoi qu'il en soit, risque profit, risque créé, ou combinaison des deux, aucun des systèmes de droit analysés ne se défait complètement de la faute. Peut-être au contraire, celle-ci réapparaît-elle avec un caractère moral accru dans la mesure où le comportement inacceptable d'une partie aboutit à une suppression des plafonds de "responsabilité" fixés en sa faveur.

(230) "*Ubi emolumentum ibi onus*". Sur cette théorie B. STARCK par ROLAND et BOYER, *op.cit.*, p. 26 et s. ; A. WEILL et F. TERRE, *Les obligations*, Dalloz, 1986, p. 605 et s. Pour une application à la matière des paiements, G. DE CLERCQ, *op. cit.*, t. II, p. 596.

(231) Comp. sur ce point B. STARCK, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, Paris, 1947, p. 304 (la théorie du risque profit est, selon l'auteur, inapplicable en matière contractuelle).